



Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2018/2

Autorzy

Marcin Biskupski, Weronika Braun, Jan Ciaptacz, Joanna Czuchryta,
mgr Maciej Hadel, Jacek Karakulski, mgr Gabriela Lenarczyk,
Marta Lewko, Wojciech Marcinkowski, mgr Adam Rzetecki,
Rafał Stożek, Patryk Walczak, mgr Michał Zięba

Skład i korekta językowa

Wydawnictwo Kasper
www.wydawnictwokasper.pl

Kolegium Redakcyjne

Marcin Biskupski (redaktor naczelny), mgr Tomasz Guzik,
Magdalena Michalska, mgr Aleksandra Nieprzecka, mgr Szymon Osmola,
mgr Kacper Rożek, Joanna Szumańska, Patryk Walczak

Adres redakcji

ul. Straszewskiego 25/9, 31–113 Kraków
internetowypp@gmail.com, <http://www.tbbsp.wpia.uj.edu.pl/ipp>

Wydawca

Towarzystwo Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego
ISSN 1689–9601

Spis treści

| | |
|---|-----------|
| Patryk Walczak Nietrafność powoływania się na przebaczenie przez polski Kodeks cywilny? | 5 |
| Marta Lewko Glosa do orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 lipca 2013 r., K 7/12 | 22 |
| Jan Ciaptacz Rola państwa w międzynarodowym arbitrażu handlowym – system sądowej kontroli orzeczeń trybunałów arbitrażowych w prawie Chińskiej Republiki Ludowej..... | 34 |
| Marcin Biskupski Glosa do uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 31 maja 2017 r., I KZP 4/17 | 47 |
| Gabriela Lenarczyk Compensation of Non-Pecuniary Loss of Close Relatives: a Comparative Study on Some European Union Member Countries’ and Swiss Legislation and Practices..... | 58 |
| Michał Zięba L’urgence en droit français de contrats de concession | 77 |

| | |
|--|------------|
| Weronika Braun | |
| Die Verfassung und die Nationale Identität im polnischen, deutschen und im Recht der Europäischen Union (mit dem Schwerpunkt auf Judikative)..... | 93 |
| Wojciech Marcinkowski | |
| The Structure of English Judiciary from the Perspective of Continental Legal System | 107 |
| Joanna Czuchryta | |
| Skutki podatkowe otrzymania środków pieniężnych z tytułu zmniejszenia udziału kapitałowego w spółce osobowej na gruncie podatku dochodowego od osób fizycznych..... | 125 |
| Rafał Stożek | |
| Wielokulturowość w Libanie – studium przypadku | 135 |
| Maciej Hadel | |
| Fragmentaryzacja prawa administracyjnego w wyniku obowiązywania „specustaw” | 150 |
| Adam Rzetecki | |
| Opodatkowanie zakładów bukmacherskich podatkiem od gier – analiza i propozycje zmian | 164 |
| Jacek Karakulski | |
| Glosa do orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z 23 lutego 2017 r., K 2/15 | 174 |

Patryk Walczak¹

Nietrafność powoływania się na przebaczenie przez polski Kodeks cywilny?

Streszczenie:

Od ponad 80 lat przebaczenie jest przedmiotem regulacji prawa prywatnego. Do momentu wejścia w życie nowelizacji Kodeksu cywilnego z 2015 roku, spory w doktrynie i orzecznictwie istniały już co do samej kwalifikacji prawnej tej kategorii. Uznawano je bowiem za: akt czysto emocjonalny, oświadczenie podobne do oświadczenia woli, a nawet za samo oświadczenie woli. Dopiero wspomniana nowela, kwalifikując przebaczenie jako inne oświadczenie, sprecyzowała przepisy regulujące kategorię przebaczenia. Niniejsze opracowanie przedstawia istotę i rolę przebaczenia w kodeksie cywilnym. Jest także analizą sposobu, a wręcz zasadności, ustawowej regulacji przebaczenia. Oprócz części traktującej o strukturze przebaczenia i granicach jego oddziaływania na instytucje prawne (moc wydziedziczenia po przebaczeniu, dorozumiane przebaczenie w drodze rozrządzenia testamentowego czy ważność przebaczenia z *reservatio mentalis*), opracowanie zawiera dwa spostrzeżenia.

Pierwsze z nich wiąże się z potrzebą lepszego dopasowania regulacji przebaczenia do potrzeb obrotu cywilnoprawnego. Uzasadnione jest umożliwienie przebaczącemu dołączenia warunku do swojego oświadczenia. Pozwala ono bowiem na bardziej skuteczne oddziaływania na zachowanie adresata przebaczenia. Wątpliwości nie powinna też budzić dopuszczalność dorozumianego przebaczenia w drodze przysporzenia testamentowego po nieakceptowalnym społecznie zachowaniu.

Drugie natomiast wiąże się z nadmierną ingerencją prawodawcy w życie osobiste poprzez regulację przebaczenia. Osobiste więzi nie powinny być przedmiotem ingerencji ustawodawczej, szczególnie w gałęzi prawa, w której oddziaływanie na stosunek prawny ma raczej charakter horyzontalny niż wertykalny. Ograniczenie terminem uprawnienia do odwołania wykonanej darowizny przez darczyńcę bądź jego spadkobierców jest dowodem na możliwość osiągnięcia skutków przebaczenia bez wkraczania w ściśle prywat-

¹ Autor jest studentem prawa na Uniwersytecie Jagiellońskim.

ną sferę uczestników obrotu. Przebaczenie bowiem, jako kategoria prawa cywilnego, nie powinno nadmiernie krępować przysparzającego.

Oba te spostrzeżenia można w istocie sprowadzić do jednego mianownika. Zarówno postulat dopasowania regulacji do potrzeb, jak i wyłączenia przebaczenia z kodeksu, mają zwiększać elastyczność prawa, która pozwala na lepsze dopasowanie regulacji do ludzkich potrzeb. Zawsze bowiem należy pamiętać, że prawo pozytywne jest jedynie instrumentem opisu rzeczywistości, a nie samoistnym punktem odniesienia.

Słowa kluczowe: inne oświadczenia, elastyczność przebaczenia, niejednorodność kategorii przebaczenia w prawie cywilnym, niezasadność zawarcia przebaczenia w kodeksie cywilnym

Wstęp

Przebaczenie uchodzi za najsilniejsze bodaj odbicie etyki chrześcijańskiej w polskim prawie cywilnym. Bez względu na zakres praw i wolności religijnych jednostki znajdowało ono swoje miejsce w Kodeksie zobowiązań², dekrete spadkowym³ i obowiązującym obecnie Kodeksie cywilnym⁴. Wydaje się głęboko zakorzenione w systemie wartości prawodawcy, bo obdarzone jest doniosłością prawną w oderwaniu od obowiązującego ustroju. Powszechna zgoda co do jego wagi w życiu społecznym może świadczyć o istnieniu swoistej stałej antropologicznej, która każdego pokrzywdzonego, choćby podświadomie, prowadzi do darowania win sprawcy.

Ponad osiemdziesięcioletnia obecność przebaczenia w przepisach prawa cywilnego nie wpłynęła jednak na klarowność i spójność tej kategorii. Jej pozorna jednolitość, szereg wątpliwości i kontrowersji w doktrynie oraz orzecznictwie co do jej istoty i skutków, skłaniają do pochylenia się nad rolą przebaczenia w cywilnym porządku prawnym. Szczególnie, że niedawna nowelizacja Kodeksu cywilnego⁵ zakwalifikowała przebaczenie do kategorii innych oświadczeń⁶, rozjaśniając nieco spory związane z jego kwalifikacją prawną i wskazując zakres przepisów, które powinny być odpowiednio stosowane do tej kategorii Kodeksu cywilnego.

Kategoria przebaczenia w Kodeksie cywilnym

Analizę prawną przebaczenia dobrze jest rozpocząć od wykładni językowej. *Uniwersalny słownik języka polskiego* traktuje, że przebaczyć to znaczy przestać gniewać się na kogoś, darować komuś winę⁷. Do przebaczenia zatem nie jest konieczny powrót

² Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. z 1933, Nr 82, poz. 598).

³ Dekret z dnia 8 października 1946 r. – Prawo spadkowe (Dz.U. z 1946, Nr 60, poz. 328).

⁴ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964, Nr 16, poz. 93 ze zm.).

⁵ Ustawa o zmianie ustawy Kodeks cywilny, ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 10 lipca 2015 r. (Dz.U. z 2015, poz. 1311).

⁶ P. Machnikowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2016, s. 167 zalicza do kategorii innych oświadczeń przebaczenia i oświadczenia wiedzy.

⁷ *Uniwersalny słownik języka polskiego*, red. S. Dubisz, t. III, Warszawa 2003, s. 614.

do stosunków sprzed zachowania, będącego przedmiotem przebaczenia. Jest ono raczej swoistą deklaracją, że przebaczący nie będzie w przyszłości wyciągał konsekwencji z zachowania, które darował.

Polski Kodeks cywilny wspomina o przebaczeniu w związku z trzema instytucjami prawnymi: darowizną⁸, wydziedziczeniem⁹ – pozbawieniem prawa do zachowku¹⁰ oraz uznaniem dziedzica za niegodnego dziedziczenia¹¹. Te trzy związki instytucji prawnych i przebaczenia opisują cztery potencjalne stosunki między beneficjentem a przysparzającym, na które oddziałuje przebaczenie. Dwie z nich – wydziedziczenie i odwołanie darowizny przez darczyńcę – dotyczą sytuacji za życia przysparzającego, a więc są od niego całkowicie zależne. Druga para – uznanie za niegodnego i odwołanie darowizny przez dziedziców – jako zdarzenie po jego śmierci, pozostaje poza jego oddziaływaniem.

Rolą przebaczenia w stosunkach z pierwszej grupy jest ograniczanie autonomii woli darczyńcy i testatora. Skoro przywraca ono równowagę etyczną w relacjach między przysparzającym a przysporzonym¹², to – zdaniem ustawodawcy – niezasadnym jest pozostawienie w rękach tego pierwszego możliwości wydziedziczenia albo odwołania darowizny. Z inicjatywy darczyńcy albo potencjalnego testatora dochodzi do ograniczenia własnych uprawnień pozwalających na pozbawienie przysporzenia.

W drugiej parze okoliczności – dotyczących sytuacji po śmierci przysparzającego – przebaczenie chroni zgoła inne wartości. Nie jest bowiem ograniczeniem swobody kształtowania losów majątku po śmierci, jak mogłoby się wydawać z uwagi na jednolitą strukturę przebaczenia w Kodeksie cywilnym. Przebacząc, uprawniony kształtuje los swojego majątku albo przedmiotu darowizny po śmierci. Ma przecież możliwość pozbawienia swoich dziedziców prawa do odwołania darowizny, a osoby mające interes w stwierdzeniu niegodności dziedziczenia pozbawić uprawnienia do zainicjowania tego postępowania. Przebaczenie tedy w drugiej grupie okoliczności jest czynnikiem wysoce indywidualistycznym, wzmacniającym swobodę oddziaływania na los majątku po śmierci przysparzającego.

Przebaczenie ma zatem służebny charakter względem wspomnianych instytucji. Jest pochodną ograniczenia uprawnień przysparzającego bądź jego spadkodawcy. Gdyby prawo nie przewidywało zachowku, a w konsekwencji wydziedziczenia, nie byłoby w polskim kodeksie cywilnym miejsca na przebaczenie. Ta sama relacja wtórności istnieje względem kategorii niegodności dziedziczenia i odwołania darowizny. Przebaczenie stanowi więc czynnik ograniczający fakultatywne uprawnienie do pozbawienia istniejącego albo potencjalnego przysporzenia. Powstanie wspomnianego fakultatywnego uprawnienia jest całkowicie uzależnione od zachowania przysporzonego. Jego wygaśnięcie jest jednak w wyłącznej gestii przysparzającego.

⁸ Art. 899 k.c.

⁹ Art. 1010 k.c.

¹⁰ B. Kordasiewicz [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. X, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2015, s. 1051.

¹¹ Art. 930 k.c.

¹² R. Longchamps de Bérrier, *Zobowiązania*, Lwów 1937, s. 481.

Doktryna prawa cywilnego wypracowała trzy różne stanowiska co do charakteru prawnego przebaczenia. Zgodnie z pierwszym, należy je zakwalifikować do kategorii oświadczeń woli¹³. Zgodnie z teorią, do aktu przebaczenia należy stosować przepisy o oświadczeniu woli w pełni. Drugi zaś pogląd stanowi, że przebaczenie jest aktem czysto uczuciowym¹⁴, a w konsekwencji nie dopuszcza się stosowania do niego przepisów o oświadczeniach woli. Między tymi dwoma skrajnymi pozycjami powstało trzecie stanowisko, zgodnie z którym przebaczenie jest innym rodzajem oświadczenia i stosuje się do niego odpowiednio przepisy o oświadczeniach woli¹⁵. Spór ten po ponad 50 latach przeszedł z płaszczyzny *soft* na *hard law*. Prawodawca wybrał pośrednie stanowisko, nakazując stosowanie do przebaczenia przepisów o oświadczeniach woli odpowiednio¹⁶. Wymagana przez ustawodawcę odpowiedniość stosowania wymaga wielowątkowego odniesienia istoty wspomnianego urządzenia do przepisów znajdujących się w części ogólnej prawa cywilnego. Nie wszystkie przepisy właściwe dla oświadczeń woli będą mogły mieć swoje zastosowanie kategorii innych oświadczeń.

Poniższe rozważania będą odnosiły się, zarówno do przebaczenia w prawie zobowiązań, jak i prawie spadkowym. Jest to konsekwencja jednolitości struktury przebaczenia w prawie cywilnym¹⁷. Badanie odpowiedniego stosowania przepisów o oświadczeniach woli będzie przeprowadzone zgodnie z kolejnością zaproponowaną przez prawodawcę w Kodeksie cywilnym – począwszy od zdolności do czynności prawnych, których elementami są oświadczenia woli¹⁸.

Przebaczenie a nowelizacja Kodeksu cywilnego

Zarówno regulacje prawa spadkowego, jak i ta dotycząca darowizny jasno wyrażają, że posiadanie zdolności do czynności prawnych nie jest warunkiem koniecznym skuteczności przebaczenia. Ten element samoświadomości został tutaj odformalizowany do poziomu dostatecznego rozeznania. Równie skuteczne będzie tedy przebaczenie dokonane przez małoletniego, jak i przez osobę ubezwłasnowolnioną. Rzecz jasna, interpretując oświadczenia pochodzące od osoby pozbawionej zdolności do czynności prawnych wymagana jest wzmożona czujność. Nie bez powodu ustawodawca bądź sąd pozbawił te osoby pełnego prawa do uczestniczenia w obrocie gospodarczym. Co więcej, posiadanie pełnej zdolności do czynności prawnych nie prowadzi do bezwarunkowego posiadania dostatecznego rozeznania. Wymaga się zatem od wybaczającego, aby posiadał rzeczywiście i świadomą wolę przebaczenia¹⁹. Jego świadomość musi rozciągać

¹³ J. Pietrzykowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 1972, s. 1843.

¹⁴ M. Warciński, *Odwołanie darowizny wykonanej*, Warszawa 2012, s. 23.

¹⁵ J. Piąkowski [w:] *System Prawa Cywilnego*, t. IV, red. J. Piąkowski, Wrocław 1986, s. 114.

¹⁶ Art. 651 k.c.

¹⁷ A. Kozaczka, *Charakter prawny przebaczenia w prawie cywilnym*, *Nowe Prawo* 1972, nr 10, s. 1548 i nast.

¹⁸ P. Machnikowski, *op.cit.*, s. 146.

¹⁹ M. Safjan [w:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz do artykułów 450–1088*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2011, s. 902.

się na zachowanie będące przedmiotem przebaczenia oraz samą intencję przebaczenia. Nie musi rozpoznawać skutków prawnych aktu przebaczenia²⁰. *Clou* tego aktu znajduje się bowiem w sferze etycznej, która pozostaje poza ingerencją ustawodawcy.

Rozważania nad przepisami części ogólnej dotyczącymi osób skłaniają do zastanowienia, czy krąg adresatów przebaczenia może być ograniczony. Polski ustawodawca zdecydował się na zrównanie ze sobą wszystkich trzech grup uczestników obrotu. Nie ma wątpliwości, że z uwagi na ściśle osobisty charakter przebaczenia nie można go stosować do relacji innych niż między osobami fizycznymi. Nawet najbardziej skrajna postawa teoretycznoprawna, nadająca wytworom myśli ludzkiej miano osobowości, nie pozwoli stosować przepisów o przebaczeniu do relacji, w której jedna ze stron nie jest osobą fizyczną.

Fragment części ogólnej o czynnościach prawnych dostarcza wskazówek co do akceptowalnej przez prawo formy oświadczenia woli. Stosując przepisy o oświadczeniach woli do przebaczenia odpowiednio, akt ten nie znosi żadnych ograniczeń co do formy. Cieszy się dowolnością tej ostatniej, charakterystyczną dla oświadczeń woli, która może ulec ograniczeniu wyłącznie w ustawowo wyliczonych przypadkach. Ewentualna pisemność albo inne formy szczególne wpływają wyłącznie na komfort dowodowy osoby, która uzyskała przebaczenie. Co więcej, sam akt przebaczenia dla skuteczności nie musi być uzewnętrzniony²¹. Ubranie go w jakąkolwiek formę ma wpływ wyłącznie na sferę dowodową. Brak kwalifikowanych wymogów formalnych przebaczenia może prowadzić do potencjalnych nadużyć. Choć pozytywnie wpływa na elastyczność prawa, to pozostawia – przerażonym wizją utraty przysporzenia beneficjentom – możliwość spreparowania dokumentów dowodzących uzyskanie takiego oświadczenia od przysparzającego²². Nie znaczy to jednak, że odpowiedzią na czyny kryminalne powinny być zmiany prawa cywilnego.

Stosując odpowiednio przepisy o czynnościach prawnych należy stwierdzić, że dopuszczalne jest odwołanie przebaczenia²³. Oświadczenie odwołujące ten akt musi więc dotrzeć do jego adresata jednocześnie bądź przed oświadczeniem o przebaczeniu. Ewentualne zastrzeżenie odwołalności czy bezwarunkowej dopuszczalności odwołania przebaczenia należy uznać za bezskuteczne²⁴. Działania chwiejnych emocjonalnie uczestników obrotu nie powinny zyskiwać prawnej aprobaty.

Przywołane powyżej przepisy regulujące istotę czynności prawnych prowadzą do rozważań nad dopuszczalnością stosowania do przebaczenia kolejnych artykułów Kodeksu cywilnego. Chodzi o art. 65 § 1 k.c., traktujący o sposobie wykładni oświadczeń

²⁰ *Ibidem*.

²¹ M. Krajewski, *Przebaczenie i inne okoliczności pozwalające wyłączające możliwość uznania za niegodnego*, Państwo i Prawo 1997, nr 5, s. 69; odmiennie P. Księżak, *Przebaczenie w polskim prawie cywilnym*, Państwo i Prawo 2006, nr 7, s. 61.

²² M. Krajewski, *op.cit.*, s. 66.

²³ A. Kozaczka, *Na marginesie przebaczenie w projekcie Kodeksu cywilnego PRL z 1960*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1962, z. 1, s. 111.

²⁴ S. Grzybowski [w:] *System Prawa Cywilnego*, t. III, cz. 2, red. S. Grzybowski, Wrocław 1976, s. 252 proponuje bezwarunkową dopuszczalność odwołania darowizny, której skuteczność mogłaby być przedmiotem badania przez sąd.

woli, który daje względny prymat czynnikowi obiektywnemu nad wewnętrzną wolą²⁵. Z uwagi na emocjonalny charakter przebaczenia i brak wymogu posiadania zdolności do czynności prawnych, słusznym będzie użyć teorii woli właściwej dla prawa spadkowego. Pozwala ona bowiem na bardziej wierne odzwierciedlenie wewnętrznych przeżyć przebaczonego, które nierzadko mogą się różnić od uzewnętrznionego zachowania. Należałoby tutaj raczej poświęcić zasadę pewności obrotu na rzecz oddania rzeczywistego zamiaru przebaczonego. Nie można go obciążać kosztem udzielenia „gwarancji” osobie postępującej wobec niego niegodziwie. Tak daleko idąca ochrona osoby uzyskującej przysporzenie pod tytułem darmym nie licuje z proporcjonalnością skali ochrony strony do poniesionego kosztu czy ryzyka. W konsekwencji najlepszym rozwiązaniem będzie zastosowanie metody wykładni właściwej dla rozrządzeń testamentowych do wszystkich stosunków związanych z przebaczeniem, bez różnicowania ze względu na części prawa cywilnego.

Po rozważaniach nad sposobem wykładni przebaczenia, należy przejść do ewentualnych wad, jakimi może być ono obciążone. Wymóg dostatecznego rozeznania, który został postawiony przed każdym przebaczącym, wyklucza stosowanie przepisów unieważniających oświadczenie wskutek braku świadomości albo swobody nadawcy oświadczenia²⁶. Wszak okoliczności przewidywane przez tę wadę oświadczenia woli zawierają się we wspomnianym wyżej szczególnym wymaganiu dostatecznego rozeznania. Są to takie same przepisy stawiające wymogi odpowiedniego postrzegania i przetwarzania rzeczywistości z tą wyłącznie różnicą, że te pochodzące z części o wadach oświadczeń woli definiują ją w sposób negatywny, w przeciwieństwie do przepisów szczególnych dotyczących przebaczenia.

Co do pozorności przebaczenia, wydaje się, że nie zawsze będzie można mówić o możliwości stosowania tej wady oświadczenia. Skoro przebaczenie nie musi być wyrażone na zewnątrz, nie zawsze będzie mogło być pozorne²⁷. Dla tych uzewnętrznionych, które przybrały jakąś formę, pozorność będzie możliwa, choć wydaje się wątpliwa. Trudno wyobrazić sobie okoliczności, w których przebaczący i adresat przebaczenia dogadują się, że dojdzie do pozornego przebaczenia. Za taką konstrukcją nie stoją żadne wymierne korzyści dla stron, a nawet jeśli jakieś zaistniałyby, to przebaczenie może być obciążone wyłącznie wadą pozorności prostej. Nie sposób zbudować przebaczenia jako symulowanego aktu dla jakiegokolwiek innej czynności dyssymulowanej, bo nie ma prawnie doniosłej czynności, której ukrycie przebaczenia w drodze symulowania mogłoby przynieść jakąkolwiek wartość dodaną dla strony.

W sferze pozorności przebaczenia można jednak wyobrazić sobie zastrzeżenie potajemne po stronie przebaczonego. Wydaje się, że przebaczenie rażącej niewdzięczności z *reservatio mentalis* nie będzie się rządziło innymi regułami niż przebaczenie niegodności czy zachowań pozwalających na wydziedziczenie. Ściśle osobisty charakter przebaczenia pozwala pominąć ewentualne dystynkcje i do wszystkich aktów

²⁵ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 281.

²⁶ K. Mularski, *Czynności podobne do czynności prawnych*, Warszawa 2011, s. 350.

²⁷ *Ibidem*, s. 352–353; odrębną kwestią są ewentualne problemy dowodowe przy nieuzewnętrznionym przebaczeniu.

przebaczenia stosować subiektywistyczną wykładnię tego oświadczenia²⁸, która będzie prowadziła do bezskuteczności takiego przebaczenia we wszystkich przypadkach. Im mniej zobjektywizowany standard wykładni takich oświadczeń, tym większy zakres oddziaływania wady pozorności bądź zastrzeżenia potajemnego.

Wydaje się, że dopuszczalność stosowania przepisów o błędzie do przebaczenia będzie zawsze wyłączona. Podobnie jak przy braku świadomości albo swobody nadawcy oświadczenia, wada w postaci błędu zawiera się w wymogu dostatecznego rozeznania przebaczonego. Ta sama zasada stosuje się do postępu, który jest przecież kwalifikowaną formą błędu²⁹.

Najmniej kontrowersji budzi dopuszczalność stosowania groźby do aktu przebaczenia³⁰. Kierowanie się zsubiektywizowanym wzorcem wykładni pozwala na stosowanie do przebaczenia wad oświadczeń woli właściwych dla rozrządzeń testamentowych³¹. Pozwala to na złagodzenie wymogów warunkujących doniosłość tej wady. Zalicza się do nich zorientowany na adresata groźby wymóg obawy przed jej ziszczeniem³² oraz fakt, że każda groźba, która ma choćby najmniejszy wpływ na przebaczenie, jest bezprawna, a zatem doniosła prawnie³³. Przyjęcie tego rozwiązania pozwala na bardziej dokładne odzwierciedlenie indywidualistycznego charakteru przebaczenia.

Należy uznać, że przebaczenie obciążone którąś ze wspomnianych wad będzie bezskuteczne³⁴. Ta sama sankcja obejmie przebaczenia, którego dokonano bez koniecznego dostatecznego rozeznania.

Przywołana na wstępie rozważań nowelizacja oddziałuje również na odpowiednie stosowanie do przebaczenia przepisów o warunku. Traktowanie przebaczenia jako czystego aktu uczuciowego wyklucza dopuszczalność warunkowości takiej czynności³⁵. Zaliczając jednakże przebaczenie do grupy innych oświadczeń, taka kwalifikacja nie wydaje się zasadna. Można bowiem wyobrazić sobie uzależnienie udzielenia przebaczenia pokrzywdzonemu od dokonania przez niego działań prowadzących w pożądanym kierunku. Rzecz jasna przepisy o warunku znajdują zastosowanie wyłącznie do tych zachowań, na które potencjalny adresat przebaczenia nie ma wyłącznego wpływu³⁶. Termin natomiast może być użyty przez przebaczonego w połączeniu z warunkiem dla ewentualnego poddania próbie sprawcy nieakceptowalnego społecznie zachowania. Co do typów warunków i terminów wydaje się, że zawieszające i końcowe mogą być stosowane do przebaczenia. Wątpliwości może

²⁸ J. Grykiel [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1–449¹¹*, t. I, red. M. Gutowski, Warszawa 2016, s. 446.

²⁹ Z. Radwański [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. II, red. Z. Radwański, Warszawa 2008, s. 411.

³⁰ J. Grykiel, *op.cit.*, s. 447.

³¹ Art. 945 k.c.

³² B. Lewaszkiewicz-Petrykowska [w:] *Prace z prawa cywilnego wydane dla uczczenia pracy naukowej profesora Józefa Stanisława Piątkowskiego*, red. B. Kordasiewicz, E. Łętowska, Wrocław 1985, s. 211.

³³ *Ibidem*.

³⁴ J. Grykiel, *op.cit.*, s. 448.

³⁵ E. Skowrońska-Bocian [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Spadki*, Warszawa 2003, s. 52; M. Pazdan [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 714; A. Kozaczka, *Na marginesie...*, s. 111.

³⁶ Warunek w rozumieniu prawa cywilnego jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym.

budzić dopuszczalność warunku rozwiązującego bądź terminu końcowego, jeśli będzie ona godzić w istotę stosunku, na który oddziałuje przebaczenie, albo na samo przebaczenie. Funkcjonalność przebaczenia, która pozwoli na oddanie złożoności ludzkiej sfery emocjonalnej, powinna wziąć górę nad usilnymi dążeniami do uzyskania klarownej i koherentnej regulacji. Nadmierne uproszczenie istoty przebaczenia w prawie cywilnym prowadzić może do zbytniego oddalenia się prawa od, nierzadko zawiłych, relacji społecznych.

Z uwagi na osobisty charakter przebaczenia, nie dopuszcza się dokonania go przez przedstawiciela³⁷. Nie wyklucza to jednak przekazania go za pośrednictwem posłańca³⁸. Wyłącznie odtwarzając uzewnętrzniony uprzednio akt przebaczenia nie ingeruje on bowiem w jego kształt, tym samym nie narusza jego osobistego charakteru. W konsekwencji braku wymogu zdolności do czynności prawnych, przebaczenie nie wymaga zgody przedstawiciela ustawowego³⁹.

Choć wydawało się, że wprowadzenie przepisów o innych oświadczeniach położy kres rozbieżnościom co do istoty przebaczenia, to niestety prawodawcy nie udało się osiągnąć tego celu. Już wstępna kwalifikacja, nie wspominając o odpowiedniości stosowania, tworzy szerokie spektrum postrzegania miejsca przebaczenia w porządku prawnym⁴⁰. Zarysowane wyżej problemy dotyczą wszystkich relacji, w których przebaczenie ingeruje w sytuację prawną podmiotów. Te zarysowane niżej będą się odnosiły wyłącznie do poszczególnych instytucji, których kształt pozostaje pod wpływem przebaczenia.

Przebaczenie a odwołanie darowizny

Na mocy ustawy darczyńca może, na podstawie dwóch okoliczności, odwołać poczynioną przez siebie darowiznę. Konsensualny charakter umowy pozwala podzielić ten stosunek zobowiązaniowy na dwie fazy – przed i po wydaniu przedmiotu darowizny. Przed wydaniem przedmiotu umowy darczyńca może odwołać swoje przysporzenie, gdy jego stan majątkowy uległ takiej zmianie w okresie od zawarcia umowy do potencjalnego odwołania, że wykonanie darowizny nie może nastąpić bez uszczerbku dla jego własnego utrzymania, odpowiednio do usprawiedliwionych potrzeb, albo bez uszczerbku dla ciężących na nim ustawowych obowiązków alimentacyjnych⁴¹. Ponadto może ją też odwołać w razie zaistnienia po stronie obdarowanego stanu rażącej niewdzięczności⁴². Pomocą w wypełnieniu tego nieostrego terminu mogą być katalogi zawarte w projekcie i ostatecznym brzmieniu Kodeksu zobowiązań. Projekt przewidywał, że podstawą do odwołania wykonanej darowizny jest ciężka niewdzięczność przejawiająca się uchybieniem karno-skarbowym bądź naruszeniem obowiązków

³⁷ E. Skowrońska-Bocian, *op.cit.*, s. 52.

³⁸ P. Księżak, *Przebaczenie w polskim prawie cywilnym*, Państwo i Prawo 2006, z. 7, s. 65.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ P. Księżak, *op.cit.*, s. 112.

⁴¹ Art. 896 k.c.

⁴² Art. 898 § 1 k.c.

familijno-prawnych⁴³. Katalog ten miał zatem charakter zamknięty. Ostateczna wersja Kodeksu zobowiązań przyjęła koncepcję otwartego katalogu zachowań wyczerpujących podstawę odwołania wykonanej darowizny. Zmieniono wcześniejsze przesłanki z projektu na ciężkie naruszenie obowiązków rodzinnych i popełnienie przestępstwa jako przykłady rażącej niewdzięczności⁴⁴.

Zgodnie ze współczesnym orzecznictwem, taką rażącą niewdzięcznością może być pozostawienie darczyńcy bez koniecznej pomocy, mimo istnienia zobowiązania do alimentacji w pierwszej kolejności, na podstawie przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego⁴⁵ innych osób⁴⁶, czy obmawianie darczyńcy w gronie osób trzecich⁴⁷. Rzecz jasna, z uwagi na zastosowanie klauzuli generalnej, ten katalog jest otwarty. Należy również podkreślić, że ewentualne niewykonanie przez obdarowanego obowiązku, który został dołączony do postanowień umowy darowizny, raczej nie spełnia przesłanek rażącej niewdzięczności. Dojdzie do niej wówczas, gdy darowany ma możliwość wykonywania tych obowiązków, a pomimo to uchyla się od nich wypełnienia⁴⁸.

Po uprzednim wykonaniu umowy darowizny darczyńca może ją odwołać wyłącznie w razie zaistnienia rażącej niewdzięczności. Popadnięcie w stan niedostatku pozwoli mu wyłącznie na roszczenie względem obdarowanego o dostarczenie środków niezbędnych do zaspokojenia uzasadnionych potrzeb i wykonania obowiązków alimentacyjnych. Granicami obowiązku przysporzonego jest istniejące wzbogacenie wynikające z darowizny (ulega ono bowiem zmianom spowodowanym fluktuacjami cen czy amortyzacją). To po stronie przysporzonego leży decyzja o zwrocie przedmiotu darowizny, która skutkuje zwolnieniem z obowiązku alimentacyjnego. Po wykonaniu darowizny darczyńca nie ma zatem uprawnienia do odwołania darowizny. Inicjatywa zwrotu przedmiotu darowizny leży po stronie przysporzonego.

Dalsza część jednostki redakcyjnej, która rozpoczyna się od zarysowania wpływu przebaczenia na możliwość odwołania darowizny, wskazuje, że prawo do jej odwołania nie jest podmiotowo związane z darczyńcą. Akcentując leżącą u podstaw prawa prywatnego zasadę sukcesji uniwersalnej, ustawodawca udziela dziedzicom darczyńcy prawa do odwołania darowizny z powodu niewdzięczności, jeśli darczyńca w chwili śmierci był uprawniony do odwołania albo ofiarowany umyślnie pozbawił darczyńcę życia lub wywołał rozstrój zdrowia, którego skutkiem była śmierć darczyńcy. Wydaje się, że opuszczenie terminu rażącego charakteru niewdzięczności nie jest tutaj skrótem myślowym czy błędem ustawodawcy. Zgodnie z pierwszą przesłanką, uprawnienie do odwołania wykonanej darowizny przysługuje spadkobiercom, jeśli przysługiwało spadkodawcy. Temu ostatniemu przysługuje jedynie, gdy niewdzięczność miała charakter rażący. Umyślne spowodowanie śmierci bądź rozstroju zdrowia prowadzącego

⁴³ E. Till, R. Longchamps de Bérier, *Polskie prawo zobowiązań (część szczegółowa). Projekt wstępny z motywami*, Lwów 1928, art. 77.

⁴⁴ Art. 366 k.z.

⁴⁵ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 1964, Nr 9, poz. 59 ze zm.).

⁴⁶ Wyrok SA w Poznaniu z 15 lutego 1994 r., I ACr 684/93, Wok. 1994, Nr 11, s. 51.

⁴⁷ Wyrok SN z 17 listopada 2011 r., IV CSK 113/11, LEX nr 1111009.

⁴⁸ Wyrok SA w Krakowie z 27 marca 2015 r., I ACa 73/15, LEX nr 1679921.

do śmierci w zupełności wyczerpuje przesłanki rażącej niewdzięczności. Są one dwiema, choć niekoniecznie rozłącznymi, samoistnymi podstawami do odwołania darowizny przez spadkobierców darczyńcy.

Co do dopuszczalności dokonania aktu przebaczenia, przywilej ten przysługuje wyłącznie darczyńcy⁴⁹. Choć jego dziedzice mogą dokonywać względem przysporzonych aktów przebaczenia w imieniu swojego spadkodawcy, to nie będą one rodziły żadnych skutków prawnych. Tym samym ich prawo do odwołania darowizny może być skrepowane wyłącznie przebaczeniem spadkodawcy bądź upływem czasu. Ewentualne odwołanie darowizny przez spadkobierców darczyńcy jest prawem niepodzielnym i może być wykonywane tylko łącznie przez wszystkich spadkobierców⁵⁰. Jeśli jednak chcą ograniczyć swoje prawne przywileje potencjalnym przebaczeniem, to mogą to zrobić wyłącznie w drodze zrzeczenia się swojego uprawnienia⁵¹.

Kontrowersyjna w doktrynie jest dopuszczalność odwołania darowizny po śmierci obdarowanego. Obecne przepisy Kodeksu cywilnego nie dają odpowiedzi na ten problem. Kodeks zobowiązań *explicite* wykluczał taką możliwość⁵², a jego autor postrzegał odwołanie darowizny jako swoistą karę cywilną, którą nie powinni być dotknięci spadkobiercy przysporzonego⁵³. Podobne wyłączenie obowiązuje we współczesnym prawie francuskim⁵⁴ oraz niemieckim⁵⁵. Do tego stanowiska przychyliła się również najnowsze orzecznictwo polskie⁵⁶. Na innym stanowisku staje część doktryny twierdząc, że dopuszczalność odwołania darowizny po śmierci obdarowanego należy rozważać *ad casum* i nie wykluczać apriorycznie⁵⁷. Podejście to zostało przyjęte w jednym z orzeczeń Sądu Najwyższego⁵⁸. Wydaje się, że bezwzględna niedopuszczalność mogłaby w wyjątkowych przypadkach uderzać w szeroko pojęte poczucie słuszności. Należy przyznać rację mniejszości, opowiadającej się za dopuszczalnością takiego rozwiązania. Nie winno się postrzegać odwołania darowizny jako uderzenia w prawa spadkobierców przysporzonego, za które nie mogą oni odpowiadać. Śmierć autora niegodziwego zachowania nie powinna uniemożliwiać dążenia do sprawiedliwości.

Ewentualne przyjęcie dopuszczalności odwołania darowizny po śmierci obdarowanego powinno prowadzić do możliwości przebaczenia jego niewłaściwego zachowania przez darczyńcę. Pozostawanie przy życiu sprawcy niewłaściwego zachowania nie jest przecież warunkiem koniecznym przebaczenia. Ponadto brak słusznej przyczyny

⁴⁹ R. Trzaskowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. V, red. J. Gudowski, Warszawa 2017, s. 704.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 707. Odmienne: L. Stecki, *Umowa darowizny*, Warszawa – Poznań 1974, s. 185; K. Mularski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II, red. M. Gutowski, Warszawa 2016, s. 1305.

⁵¹ S. Grzybowski, *op.cit.*, s. 252.

⁵² Art. 367 k.z.

⁵³ R. Longchamps de Brier, *op.cit.*, s. 481.

⁵⁴ Art. 957 kodeksu cywilnego francuskiego.

⁵⁵ § 532 zd. 2 kodeksu cywilnego niemieckiego.

⁵⁶ Wyrok SN z dnia 7 listopada 2002 r., II CKN 1395/00, OSNC 2004, nr 3, poz. 43.

⁵⁷ S. Grzybowski, *op.cit.*, s. 253; M. Warciński, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 7 listopada 2002 r. II CKN 1395/00*, Palestra 2004, nr 11–12, s. 277.

⁵⁸ Wyrok SN z dnia 6 lipca 1972 r., II CR 52/72, OSPiKA 1973, z. 3, poz. 57; z omówieniem A. Szpunara i W. Wanatowskiej, *Przegląd orzecznictwa*, NP 1974, nr 1, s. 82.

uzasadniającej pozbawienie spadkobierców sprawcy rażącej niewdzięczności wspomnianego przywileju uzyskania przebaczenia.

Głównym celem przebaczenia jest zatem przywrócenie równowagi między stronami stosunku etycznego, który jest ukształtowany przez przysporzenie tytułem darowizny. Skoro przebaczenie doprowadza do przywrócenia odpowiedniego balansu między stronami, musi pozbawiać przysporzonego uprawnienia wpływu na tę relację w drodze odwołania darowizny. Wszak dalsze oddziaływanie na ten stosunek nie jest już konieczne.

Na koniec rozważań nad art. 898 k.c. należy wskazać, że uprawnienie do odwołania darowizny nie wygasa wyłącznie w drodze przebaczenia. Na drodze do każdego odwołania takiej darowizny stoi termin zawity *a tempore scientiae*, powodujący wygaśnięcie uprawnienia do odwołania po roku od dowiedzenia się przez uprawnionego o niewdzięczności. Subiektywizacja tego terminu zawitego daje potencjalnym spadkobiercom darczyńcy możliwość na przemyślenie zaistniałych okoliczności (a może nawet przebaczenie), a w konsekwencji zaniechanie dążenia do odwołania darowizny. Warto jednak podkreślić, że po śmierci darczyńcy prawodawca zrezygnował ze wzmocnionej ochrony przysporzonego⁵⁹, w drodze dopuszczalności przebaczenia przez spadkobierców darczyńcy. Ograniczył ich uprawnienie do odwołania darowizny wyłącznie upływem czasu. W rzeczywistości jest to zbliżona do przebaczenia forma ingerencji w sferę osobistą podmiotów prawa cywilnego dla uzyskania pewności obrotu. Wydaje się jednak, że stworzona bardziej subtelnie i w sposób mniej krępujący uprawnionego do odwołania – zarówno darczyńcę, jak i jego sukcesorów. Jeśli bowiem ktoś nie odwoła darowizny to: albo nie postrzegał niewdzięczności jako rażącej, albo przebaczył jej autorowi. Rzeczywiście, gwarantuje to znacznie słabszą ochronę przysporzonemu, ale porównując ten model do standardu ochrony przysporzonego pod tytułem darmym w Kodeksie cywilnym, uzyskuje on i tak nader silną pozycję. Nie można przecież zapominać, że uprzywilejowanie pozycji niewdzięcznego przysporzonego nie jest osadzone w próżni. Prócz osłabienia uprawnień darczyńcy, uderza w potencjalnych spadkobierców, którzy nie dali swojemu potencjalnemu darczyńcy czy spadkodawcy „powodu do przykrości”. Ta konstrukcja nie jest tylko przejawem dążenia do usztywnienia obrotu. Stanowi ona również oczywisty refleks chrześcijański⁶⁰.

Przebaczenie a stwierdzenie niegodności dziedziczenia

Drugą instytucją prawa cywilnego, która doznaje ograniczenia w drodze przebaczenia, jest niegodność. Za niegodnego sąd – po otwarciu spadku na wniosek uprawnionych podmiotów – uznaje, jeśli potencjalny beneficjent czynności *mortis causa*⁶¹ dopuścił się za życia ciężkiego przestępstwa względem spadkodawcy bądź postępem albo groźbą nakłonił go do sporządzenia lub odwołania testamentu. Do tej ostatniej przesłanki

⁵⁹ S. Grzybowski, *op.cit.*, s. 252.

⁶⁰ J. Piąkowski, *op.cit.*, s. 114.

⁶¹ Art. 928 k.c. w zw. art. 972 k.c.

ustawodawca dołączył przeszkadzanie w dokonaniu jednej z opisanych czynności. Zarówno za życia, jak i po śmierci potencjalny spadkobierca może doprowadzić do stwierdzenia względem niego niegodności dziedziczenia jeśli umyślnie ukrył albo zniszczył, podrobił lub przerobił testament bądź świadomie skorzystał z podrobienia albo przerobienia testamentu przez inną osobę.

Powyższe przesłanki niegodności dają asumpt do stwierdzenia, że potencjalny beneficjent *mortis causa* swoim zachowaniem uderza wyłącznie w spadkodawcę⁶². Wszelka działalność uderzająca w jego najbliższych nie daje podstawy do stwierdzenia niegodności. Zakresem oddziaływania tego przepisu zostali objęci, oprócz dziedziców, zapisobiercy oraz zapisobiercy windykacyjni, którzy mogą być pozbawieni swoich przysporzeń w takim samym postępowaniu⁶³.

Współczesna regulacja niegodności różni się znacznie od regulacji zawartej w dekrecie spadkowym. Wcześniejsza, na wzór rzymskiej instytucji *testamenti factio passiva*, przewidywała niezdolność do nabycia spadku *ex lege*⁶⁴. Współczesna regulacja niegodności w prawie cywilnym jest raczej podobna do wprowadzonej w prawie cesarskim *indignitas*. Świadczy o tym fakt, że sukcesor nabywa spadek, ale jeśli jest niegodny przysporzenia w drodze dziedziczenia, to nie może zatrzymać tego, co otrzymał⁶⁵. Współcześnie zatem do stwierdzenia niegodności niezbędny jest konstytutywny wyrok sądowy, który może oprzeć stwierdzenie niegodności na zdarzeniach po śmierci przysparzającego *mortis causa*. Wspomniane stwierdzenie niegodności nie prowadzi jednak, jak w prawie rzymskim, do nabycia spadku przez państwo⁶⁶, lecz do powołania kolejnych spadkobierców przy powołaniu do dziedziczenia. Polski ustawodawca połączył tedy te dwie koncepcje. Co do przesłanek i działań niezbędnych do doniosłości urzędu – zaczerpnął je z późniejszej *indignitas*. Co do skutków – przejął je z rzymskiej koncepcji *testamenti factio passiva*.

Z uwagi na przyjętą w Kodeksie cywilnym konstrukcję niegodności, zachowania następujące po śmierci spadkodawcy wpływają na możliwość stwierdzenia niegodności. Osoby zainteresowane orzeczeniem niegodności wnioskuje o nie niejako w imieniu zmarłego spadkodawcy. Dopiero sąd, po rozważeniu wszystkich okoliczności, może dać posłuch ich żądaniu, pozbawiając niegodnego przysporzenia. Z uwagi na fakt, że wyłączna kompetencja do przebaczenia leży po stronie spadkodawcy⁶⁷, okoliczności warunkujące stwierdzenie niegodności są wyłączone spod oddziaływania przebaczenia, jeśli nastąpiły po śmierci spadkodawcy. Dochodzi tutaj zatem do ograniczenia

⁶² J. Kosik [w:] *System Prawa Cywilnego*, t. IV, red. J. Piąkowski, Wrocław 1986, s. 540. Wydaje się jednak, że potencjalni spadkobiercy są w równym stopniu pokrzywdzeni nieuszanowaniem woli testatora, co on sam. Stąd wniosek ten może być zbyt daleko idącym.

⁶³ Art. 972 k.c. w zw. z art. 930 k.c.

⁶⁴ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, s. 262–263, 264–266.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 262–263, 267–268.

⁶⁶ G. Blicharz, *Udział państwa w spadku. Rzymska myśl prawna w perspektywie prawnoporównawczej*, Kraków 2016, s. 371.

⁶⁷ J. Piąkowski, H. Witczak, A. Kawałko [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. X, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2015, s. 201.

wpływu przebaczenia na instytucję niegodności dziedziczenia. Skorzystanie z uprawnienia do wyłączenia kogoś od dziedziczenia zależy tedy wyłącznie od oczekiwań społecznych, które mają być swoistą projekcją woli testatora.

Inicjatywa wspomnianego postępowania leży w rękach osoby, która ma interes w uznaniu beneficjenta za niegodnego. Do grupy zainteresowanych zaliczyć można nie tylko potencjalnych beneficjentów innego kształtu testamentu albo porządku ustawowego, ale również ewentualnych wierzycieli tych, którzy nic nie uzyskali ze spadku, bądź uzyskali mniej niż mogli. Żądanie to jest ograniczone rocznym terminem od dowiedzenia się od przyczyny niegodności i trzyletnim terminem od otwarcia spadku⁶⁸.

Należy zwrócić też uwagę na dorozumianą formę przebaczenia, która może wynikać z rozrządzenia testamentowego. Zgodnie z ukraińskim kodeksem cywilnym⁶⁹, kodeksem cywilnym Quebecu⁷⁰ i nieobowiązującym już dekretem spadkowym⁷¹ udzielenie przysporzenia osobie, która swoim zachowaniem spełnia przesłanki orzeczenia niegodności, uznaje się za przebaczenie. Należy to rozwiązanie uznać za słuszne. Choć nie znajduje ono swojego potwierdzenia *explicite* w Kodeksie cywilnym, to trudno znaleźć przekonujące uzasadnienie dla odrzucania takiej konstrukcji. Skoro inne oświadczenie, będące mniej sformalizowanym niż oświadczenie woli, może wykluczyć stwierdzenie niegodności, to tym bardziej powinno je wyłączać wyraźne rozrządzenie testamentowe. Takie stanowisko rodzi też pytanie o skuteczność dorozumianego przebaczenia wobec zachowań przyszłych. Wydaje się jednak, że taka koncepcja nie pozwoli na rozszerzenie oddziaływania przebaczenia na zachowania po śmierci spadkodawcy. Podobnie jak przy rażącej niewdzięczności, nie do pomyślenia jest blankietowość przebaczenia. Jest ono nieodłącznie związane z niegodziwym zachowaniem.

Przebaczenie a wydziedziczenie spadkobiercy ustawowego

W ramach wzajemnego oddziaływania na siebie czynników rodzinnych i swobody testowania, ustawodawca zagwarantował najbliższemu minimalny udział spadkowy. Uprawnieni mogą realizować swoje uprawnienie po otwarciu spadku w drodze roszczenia o zapłatę sumy pieniężnej pod określonymi warunkami do spadkobierców, obdarowanych i zapisobierców windykacyjnych. Ustawodawca jednak nie wyposażył ustawowych spadkobierców w uprawnienie bezwzględne. Jeśli swoim zachowaniem uderzają w wartości rodzinne, które ograniczają swobodę testowania, to wspomniane uprawnienie może im być odebrane przez testatora. Do tych okoliczności ustawodawca zalicza uporczywe zachowanie wbrew woli spadkobiercy w sposób niezgodny z zasadami współżycia społecznego i dopuszczenie się wobec spadkobiercy albo osób mu najbliższych umyślnego przestępstwa przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności albo rażącej obrazy czci. Ponadto do zachowań pozwalających testatorowi

⁶⁸ Art. 929 k.c.

⁶⁹ Art. 1224 § 1 kodeksu cywilnego Ukrainy.

⁷⁰ Art. 622 kodeksu cywilnego Quebecu.

⁷¹ Art. 9 zd. 3 Prawa spadkowego.

na wydziedziczenie zalicza się uporczywe niedopełnienie względem niego obowiązków rodzinnych.

Warto zauważyć, że przesłanki te nie odnoszą się wyłącznie do spadkodawcy⁷². Jest on zatem legitymowany do przebaczenia za umyślne przestępstwo względem jego najbliższych. Stosunek osoby pokrzywdzonej do wyrządzonego jej czynu nie ma tutaj najmniejszego znaczenia prawnego. Wynika to z faktu ściśle osobistej relacji między spadkodawcą a przysporzonym, przy badaniu tytułu do zachowku.

Przebaczenie – podobnie jak przy rażącej niewdzięczności względem darczyńcy czy niegodności dziedziczenia – jako reakcja na określone zachowanie nie może być dokonane blankietowo, na przyszłość. Ma ono akcesoryjny do przewinienia charakter. Jest to pochodna nacisku prawodawcy na szczegółowe określenie w rozrządzeniu testamentowym przesłanki pozwalającej na szczególne pozbawienie uprawnionego zachowku⁷³.

Instytucja wydziedziczenia rodzi jednak problem dopuszczalności częściowego pozbawienia zachowku. Problem ten powstał jeszcze za obowiązywania dekretu spadkowego⁷⁴. Rozumowanie z większego na mniejsze wydaje się dopuszczać ograniczenie zachowku⁷⁵. Z drugiej jednak strony, można uznać częściowe wydziedziczenia za *contradictio in adiecto*⁷⁶. Wydaje się jednak, że ewentualne wydziedziczenie częściowe pozwalałoby na bardziej wierne oddanie woli spadkodawcy. Choć należy pamiętać, że podobne skutki w sferze majątkowej można uzyskać w drodze wydziedziczenia i przysporzenia w drodze zapisów, z uwagi na pieniężny charakter zachowku. Problem częściowego wydziedziczenia jest jednak nierozwiązany i budzi szereg kontrowersji⁷⁷.

Ewentualne uznanie za dopuszczalne wydziedziczenia częściowego powinno w konsekwencji pozwolić potencjalnemu spadkobiercy na częściowe przebaczenie. Mógłby on w swoim oświadczeniu wskazać, jaką skalę przysporzenia względem adresata częściowego przebaczenia jest w stanie zaakceptować. Taki mechanizm, choć wydaje się nielogiczny z uwagi na binarny charakter przebaczenia, daje spadkodawcy instrument pozwalający na zaspokojenie poczucia sprawiedliwości w połączeniu z miłosierdziem względem sprawcy nieakceptowalnego zachowania. Działanie takie byłoby jednak swoistym kwalifikowanym przebaczeniem, bowiem zwykle przebaczenie, jako oświadczenie niebędące oświadczeniem woli, nie wymaga świadomości autora co do skutków swojego działania. Jeśli spadkodawca chciałby dokonać częściowego przebaczenia, musiałby zatem mieć całkowitą świadomość skutków swoich działań.

⁷² J. Kosik, *op.cit.*, s. 540.

⁷³ Art. 1009 k.c.

⁷⁴ J. Witecki, *Czy według polskiego prawa spadkowego dopuszczalne jest wydziedziczenie częściowe?*, Państwo i Prawo 1949, Nr 2, s. 109–110.

⁷⁵ P. Księżak, *Zachówek*, Warszawa 2012, s. 165–170.

⁷⁶ J. Witecki, *op.cit.*, s. 110.

⁷⁷ S. Wójcik, *Podstawy prawa cywilnego. Prawo spadkowe*, Warszawa 2002, s. 90; M. Załucki, *Wydziedziczenie w prawie polskim na tle porównawczym*, s. 379, Warszawa 2010; B. Kordasiewicz, *op.cit.*, s. 1054–1056; P. Księżak, *op.cit.*, s. 165 i nast.

Nie ma też zgodności w orzecznictwie i doktrynie co do skutków prawnych przebaczenia względem wydziedziczenia zawartego w testamencie. Na kanwie orzeczenia Sądu Najwyższego⁷⁸, przebaczenie po zawarciu w testamencie rozrządzenia wydziedziczającego, powoduje jego bezskuteczność. Przeciwnie do stanowiska orzecznictwa przyjmował Jan Gwiazdomorski, autor powojennego dekretu prawo spadkowe, który wskazywał, że przebaczenie może rodzić skutki wyłącznie na przyszłość⁷⁹. Takie oświadczenie ubezskuteční ewentualne wydziedziczenie po przebaczeniu zachowania stanowiącego podstawę pozbawienia zachowku. Niedopuszczalnym jest bowiem, by nieformalny akt, który nie jest nawet oświadczeniem woli, ubezskuteční rozrządzenie testamentowe obciążone wieloma rygorami formalnymi.

Stanowisko wyrażone przez Jana Gwiazdomorskiego w przywołanej glosie wydaje się jak najbardziej zasadne. Przełamywanie formalizmu rozrządzeń testamentowych w drodze przebaczenia byłoby zbyt daleko idącym krokiem w drodze do uelastyczniania prawa spadkowego. Forma testamentu holograficznego daje bowiem powszechnie dostępny instrument do sformalizowania takiego aktu przebaczenia. Ewentualna moc przebaczenia, pozbawiająca skuteczności rozrządzenia testamentowe, byłaby najpewniej kolejnym czynnikiem wzmacniającym pokusę tworzenia aktów przebaczenia po śmierci przysparzającego.

Wnioski

Włączenie do Kodeksu cywilnego przepisów dotyczących innych oświadczeń woli niezupełnie rozwiązało spory co do ich istoty i oddziaływania na inne instytucje prawne. Doktryna nadal przedstawia szereg wątpliwości co do kwalifikacji i skutków aktu przebaczenia. Część autorów przyjmuje koncepcję przebaczenia jako aktu czysto emocjonalnego, czym wyklucza przebaczenie z hipotezy art. 651 k.c.⁸⁰ Rozbieżność nie kończy się na tym poziomie, gdyż sposób odpowiedniego stosowania przepisów o oświadczeniach woli rodzi szereg przeciwnych opinii.

Przebaczenie, w kształcie, w jakim pojawia się w Kodeksie cywilnym, choć jednolite w swej strukturze, różni się w celach, do których prowadzi, i wartościach, które chroni. Jeśli oddziałuje na instytucje prawne wykonywane po śmierci przysparzającego (niegodność dziedziczenia, odwołanie darowizny po śmierci), to jest instrumentem odzwierciedlającym jego wolę. Za jego życia stanowi jednak instrument ograniczający jego uprawnienia.

Przyjęcie w Kodeksie cywilnym koncepcji rzymskiej *indignitas* prowadzi do przedmiotowych ograniczeń przebaczenia, będących konsekwencją ograniczenia podmiotowego. Skoro więc przebaczenie może pochodzić wyłącznie od przysparzającego, nie

⁷⁸ Uchwała SN z dnia 14 czerwca 1971 r., III CZP 24/71, OSNC 1972, nr 2, poz. 23.

⁷⁹ J. Gwiazdomorski, *Krytyczna glosa do uchwały SN z dnia 14 czerwca 1971 r. III CZP 24/71*, Nowe Państwo 1972, nr 10, s. 1580–1584.

⁸⁰ Po nowelizacji Kodeksu cywilnego stanowisko to podtrzymywane jest bodaj wyłącznie przez P. Księżaka; zob. P. Księżak, *Prawo...*, s. 363–365.

można przebaczyć zachowań dziedzica bądź zapisobiercy po śmierci spadkodawcy. Przebaczenie nie jest zatem bezwzględnym ograniczeniem niegodności dziedziczenia.

Dyskusyjne jest również samo umieszczenie przebaczenia w Kodeksie cywilnym. To akt daleko ingerujący w relacje ściśle osobiste, co wydaje się nienaturalne w gałęzi prawa, która charakteryzuje się dominującą rolą relacji horyzontalnych opartych o autonomię stron. Zawarcie przebaczenia w kodeksie cywilnym nie jest niezbędne. Przyjrzenie się bliżej regulacji uprawnienia do odwołania darowizny przez dziedziców darczyńcy pozwala przyjąć, że da się osiągnąć podobne cele w drodze ograniczenia uprawnienia do wydziedziczenia bądź odwołania darowizny terminem zawitym. Jeśli w określonym czasie spadkobiercy potencjalnego pokrzywdzonego nie odwołają darowizny, to znaczy, że nie uznają tej niewdzięczności za rażącą bądź przebaczyli obdarowanemu i nie będą wykonywać swoich uprawnień. Takie rozwiązanie jest bardziej subtelne, pozostawia więcej swobody stronom stosunku i pozwala na osiągnięcie tych samych celów legislacyjnych.

Jeśli jednak przebaczenie jest niezbędną kategorią prawa cywilnego, to warto rozważyć kształt katalogu dopuszczalnych czynników wpływających na jego kształt. Warunkowość czy częściowy charakter przebaczenia nie komplikują bowiem w nadmiernym stopniu stosunków prawnych, a pozwalają na dalej idące oddziaływanie i kształtowanie relacji między przysparzającym a przysparzanym. Pozwalają silniej uzależnić przebaczenie od określonego zachowania bądź poprawy postawy względem przysparzającego. Częściowe przebaczenie, jako uprawnienie korespondujące z potencjalnym częściowym wydziedziczeniem, pozwala na jeszcze więcej możliwości kształtowania sytuacji rodzinnej przez rękę zza grobu. W dodatku wydaje się bardziej sprawiedliwe.

Powyższe rozważania pokazują, że niezwykle trudno w prawie pozytywnym spójnie i zupełnie uregulować istotę i skutki przebaczenia. Nie można jednak z powodu złożoności konstrukcji prawnych apriorycznie odmawiać mu właściwego miejsca w porządku prawnym⁸¹. Należy jednak w ingerencji w ściśle osobiste relacje znać umiar, by projekcje ustawodawcy nie okazały się oderwaną od rzeczywistości konstrukcją. We wszelkich rozważaniach, a szczególnie w tych związanych z prawem spadkowym, należy brać pod uwagę postulat elastyczności⁸². Nie do zaakceptowania są argumenty podnoszące skomplikowanie konsekwencji prawnych danej regulacji przeciwko jej obecności w porządku prawnym. To elastyczność, wspierana wielością dostępnych rozwiązań, a nie bezwzględna spójność systemu niesie ze sobą wartość dodaną. Wszak w prawie chodzi o upraszczanie, a nie utrudnianie życia.

⁸¹ F. Longchamps de Brier, *Podstawienie powiernicze*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1999, z. 2, s. 339.

⁸² Więcej na ten temat F. Longchamps de Brier, *O elastyczność prawa spadkowego. Fideikomis uniwersalny w klasycznym prawie rzymskim*, Warszawa 2006.

Is the Reference to Forgiveness in the Polish Civil Code Adequate?

Forgiveness has been the subject of private law regulation for over 80 years. Until the amendment of the Civil Code, which came into force on 8th September 2016, doctrine and jurisprudence have not been able to classify forgiveness to legal category. It was considered to be: a purely emotional act, a statement similar to a declaration of will and even a declaration of will. Only the abovementioned amendment, qualifying forgiveness as another statement, specified the provisions influencing the forgiveness. This note presents the essence and role of forgiveness in the Civil Code. It is also an analysis of the method, or even necessity of statutory regulation of forgiveness. In addition to the part concerning structure of forgiveness and its impact on legal institutions (enforceability of disinheritance after forgiveness, implied forgiveness through testamental disposition or validity of forgiveness revealed with *reservatio mentalis*), the study contains two observations.

The first remark, less outright, is connected with the necessity of adjusting the regulation of forgiveness to the needs of civil law transactions. It is reasonable to allow the forgiving to attach a condition to their statement. It enables more effective impact on the behavior of the addressee of forgiveness. Admissibility of implied forgiveness through a testamentary disposition should also be acceptable form of forgiveness in Civil Code.

Second one is connected with needless interference of the legislator in personal life through statutory regulation of forgiveness. Personal relationship should not be the subject to legislative interference, especially in the branch of law, in which the source of impact on the legal relationship is rather horizontal than vertical. The time-limited donor's or their heir's right to revoke already made donation could be considered as a proof of the possibility to accomplish the effects of forgiveness without stepping into people's private life. Forgiveness, as a category of civil law, should not unduly constrict donor's or testator's rights.

These observations have in fact the same purpose. Both the postulate of adjusting the regulations to the needs and the suggestion of forgiveness' exclusion from the Civil Code are to increase the flexibility of the law, which allows better adjustment of the regulation to human wants. It should always be remembered that the positive law is only an instrument of describing reality, not an autonomous reference point.

Key words: other statements, flexibility of forgiveness, heterogeneity of forgiveness in Civil law, unnecessary forgiveness regulation in Civil Code

Marta Lewko¹

Glosa do orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 lipca 2013 r., K 7/12

Streszczenie:

Niniejsza glosa dotyczy orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 lipca 2013 r., K 7/12, w którym Trybunał uznał zastosowanie trybu pilnego do uchwalenia ustawy z dnia 21 grudnia 2011 roku o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych za zgodne z Konstytucją. Orzeczenie obejmowało nie tylko zbadanie przesłanek pozwalających na zastosowanie trybu pilnego, ale również spełnienie szeregu standardów legislacyjnych przewidzianych dla stanowienia regulacji podatkowych. Pierwsza część opracowania traktuje o przedstawionych przez Trybunał i wnioskodawcę stanowiskach dotyczących dopuszczalności zastosowania trybu pilnego, ze szczególnym uwzględnieniem wykładni przepisów regulujących tę szczególną procedurę ustawodawczą. W dalszej części rozwinięte zostało zagadnienie zasad przyzwoitej legislacji przewidzianych dla stanowienia regulacji podatkowych – zachowania odpowiedniej *vacatio legis*, zakazu naruszania ochrony interesów w toku oraz zakazu zmian w trakcie roku podatkowego. Komentowane orzeczenie ma ogromny wpływ na sferę budżetową państwa. Trybunał pozwolił bowiem na uchwalenie w trybie pilnym ustawy, która – zwiększając nałożoną na podmioty obrotu gospodarczego składkę na ubezpieczenie rentowe – służyła doraźnemu celowi zachowania równowagi budżetowej.

Słowa kluczowe: tryb pilny, zasady przyzwoitej legislacji, składka na ubezpieczenie rentowe, ustawy podatkowe, równowaga budżetowa

¹ Studentka prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

1.

Komentowane orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego dotyczy ustawy z dnia 21 grudnia 2011 r. o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych². Kwestionowaną nowelizacją zwiększono wysokość składki na ubezpieczenie rentowe ubezpieczonych z 6% na 8%, wzrostem obciążając płatnika. Zarzuty wnioskodawcy nie dotyczyły kwestii ekonomicznych.

Rządowy projekt ustawy wpłynął do Sejmu 16 grudnia 2011 roku i został skierowany do I czytania w Komisji Finansów Publicznych oraz Komisji Polityki Społecznej i Rodziny³. Rada Ministrów nadała mu klauzulę pilności, uzasadniając to ochroną ważnego interesu publicznego w postaci zmniejszenia zadłużenia państwa i wejściem w życie proponowanej regulacji z dniem 1 lutego 2012 roku. W sprawozdaniu z dnia 20 grudnia 2011 roku komisje wniosły o uchwalenie projektu bez poprawek. 21 grudnia 2011 roku odbyło się II czytanie projektu ustawy na posiedzeniu Sejmu, po którym niezwłocznie przystąpiono do III czytania. Jeszcze tego samego dnia ustawa została uchwalona (251 głosów za, 184 głosów przeciw, 1 głos wstrzymujący) i przekazana Senatowi, który nie wniósł do niej poprawek. 22 grudnia 2011 roku ustawa została przekazana Prezydentowi, który podpisał ją 27 grudnia 2011 r. Następnie została ogłoszona w Dzienniku Ustaw z 30 grudnia 2011 r. i weszła w życie 1 lutego 2012 roku. Już w pierwszym dniu jej obowiązywania grupa posłów (dalej jako: wnioskodawca) wniosła o stwierdzenie niezgodności ustawy z dnia 21 grudnia 2011 roku o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych z art. 123 ust. 1 i art. 2 Konstytucji⁴.

2.

Ustawie zmieniającej z 2011 roku wnioskodawca zarzucił niezgodność z art. 123 ust. 1 (niedopuszczalność zastosowania trybu pilnego) i art. 2 Konstytucji (zarzut naruszenia standardów legislacyjnych przewidzianych dla regulacji podatkowych).

Wnioskodawca uznał, że regulacja wysokości składek na ubezpieczenie rentowe będzie posiadać walor „ustawy podatkowej” z art. 123 ust. 1, ponieważ regulowane składki mają cechy podatku jako świadczenia pieniężnego, które charakteryzuje się jednostronnością nakładania przez organ publicznoprawny, przymusowością, bezzwrotnością, nieodpłatnością oraz stanowaniem dochodu publicznego. Zatem kwestionowana ustawa nowelizująca nie mogła zostać uchwalona w trybie pilnym.

Co więcej, nawet w przypadku odrzucenia podatkowego charakteru składki na ubezpieczenie rentowe, uchwalenie ustawy zmieniającej z 2011 roku w trybie pilnym nadal należy uznać za niezgodne z Konstytucją. W uzasadnieniu swojego stanowiska wnioskodawca wskazuje na konieczność szerokiego rozumienia pojęcia

² Ustawa z dnia 21 grudnia 2011 r. o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. Nr 291, poz. 1706).

³ Sprawozdanie Komisji Finansów Publicznych oraz Komisji Polityki Społecznej i Rodziny o pilnym rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (druk sejmowy nr 91/VII kadencji).

⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997, Nr 78, poz. 483 ze zm.).

„ustaw podatkowych” i ich interpretacji w duchu art. 217 Konstytucji. Zgodnie z tym stanowiskiem, jako „ustawy podatkowe” należy rozumieć ustawy, w których nakładane są jakiekolwiek daniny publiczne. Nie ulega wątpliwości, że składka na ubezpieczenie rentowe jest daniną publiczną. Wynika to *expressis verbis* z postanowień ustawy o finansach publicznych⁵.

Zarzut niezgodności z art. 2 Konstytucji opiera się na naruszeniu szczególnych standardów legislacyjnych przewidzianych dla stanowienia regulacji podatkowych. W opinii wnioskodawcy ustawa zmieniająca z 2011 r. wprowadziła modyfikację składki rentowej rozliczanej w cyklu rocznym. Jako uzasadnienie takiego charakteru składki, wnioskodawca wskazał, że to do rocznych dochodów odnoszona jest maksymalna podstawa jej wymiaru. Biorąc pod uwagę taki charakter składki rentowej, zmiany dokonane kwestionowaną ustawą naruszyły zakaz zmian w trakcie trwania roku podatkowego, nakaz ochrony interesów w toku oraz zachowania odpowiedniej *vacatio legis*.

3.

Trybunał Konstytucyjny w komentowanym orzeczeniu nie uwzględnił zarzutów wnioskodawcy. W zakresie zarzutu niedopuszczalności zastosowania trybu pilnego Trybunał Konstytucyjny wskazał, że składka na ubezpieczenie rentowe nie posiada cech nieodpłatności oraz przeznaczenia ogólnego (przychody nie są przypisywane do konkretnych wydatków) i budżetowego, które to są cechami konstytuującymi podatek – ze względu na to ustawa zmieniająca z 2011 r. nie mieści się w zakresie pojęciowym „ustawy podatkowej”. Jednocześnie Trybunał orzekł, że niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca kategorii ustaw, których nie można uchwalić w trybie pilnym. Wskazuje na to użycie przez ustrojodawcę w art. 123 ust. 1 sformułowania „z wyjątkiem”, które oznacza, że mamy do czynienia z wyłączeniem o charakterze wyjątku i w myśl zasady *exceptiones non sunt extendendae*, niedopuszczalne jest obejmowanie pojęciem „ustaw podatkowych” również ustaw ustanawiających daniny publiczne. O niedopuszczalności szerokiego rozumienia świadczy również sformułowanie art. 217 Konstytucji, które w sposób niebudzący wątpliwości rozgranicza podatki od innych danin publicznych.

Przystępując do rozpatrywania zarzuconych przez wnioskodawcę naruszeń art. 2 Konstytucji, Trybunał uznał, że przedmiotem kontroli w tym wypadku będzie art. 2 ustawy zmieniającej, gdyż wnioskodawca nie kwestionuje w tym wypadku materii ustawowej, ale zbyt szybki termin wejścia w życie przewidziany w art. 2 ustawy zmieniającej. W dalszej części Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że składka na ubezpieczenie rentowe jest rozliczana w cyklu miesięcznym, a zakaz dokonywania zmian w trakcie roku podatkowego odnosi się tylko do danin publicznych rozliczanych w cyklu rocznym. Zatem kwestionowana we wniosku regulacja jako rozliczana miesięcznie,

⁵ Art. 5 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. Nr 157, poz. 1240 ze zm.). Także Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 30 stycznia 2001 r., K 17/00, OTK ZU nr 1/2001, poz. 4.

nie naruszyła zakazu dokonywania zmian w trakcie roku podatkowego. Wbrew twierdzeniom wnioskodawcy, nie nastąpiło także naruszenie interesów płatnika składki, bowiem ich ochrona zapewniona jest jedynie w przypadku istnienia szerszego horyzontu czasowego realizacji danego przedsięwzięcia, którego brak w przypadku składki na ubezpieczenie rentowe. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego wymóg dochowania odpowiedniej *vacatio legis* został zachowany – ustawodawca posiadał bowiem większą swobodę w kształtowaniu okresu dostosowawczego ze względu na ważny interes społeczny (zachowanie równowagi budżetowej).

4.

Tryb pilny stanowi odstępstwo od zwykłego trybu ustawodawczego. Jak wskazuje się w literaturze, na upowszechnienie tej szczególnej procedury wpłynęła postępująca racjonalizacja parlamentaryzmu⁶. Jednym z jej głównych przejawów jest dążenie do wzmocnienia efektywności procesu legislacyjnego. Wymóg szybkości i efektywności w systemie zrationalizowanym nie jest jednak stawiany bezwzględnie ponad ogólne standardy trybu ustawodawczego, które opierają się na zachowaniu należytej debaty parlamentarnej i odpowiedniej dozy refleksji mającej zagwarantować dobrą jakość uchwalanych ustaw.

Mała Konstytucja⁷ regulowała kwestię trybu pilnego w art. 16, który zawierał delegację do postanowień regulaminu Sejmu (art. 16 ust. 2). Nadawanie klauzuli pilności było wyłączną kompetencją Rady Ministrów, właściwą dla projektów rządowych, co miało prowadzić do wzmocnienia pozycji rządu w procesie ustawodawczym⁸. Oprócz ograniczenia podmiotowego trybu pilnego do projektów rządowych, jego dopuszczalność była uwarunkowana zaistnieniem „uzasadnionych wypadków”, pozwalających na przyspieszone procedowanie w parlamencie. Definiowanie tych ostatnich zostało jednak pozostawione w wyłącznej gestii Rady Ministrów, co stwarzało możliwość nadużywania tej szczególnej formy procesu ustawodawczego. W konsekwencji tryb pilny zaczął tracić walor wyjątkowości, a stawał się atrakcyjną ścieżką legislacyjną dla projektów rządowych⁹. W odpowiedzi na to zjawisko z zakresu przedmiotowego trybu pilnego w drodze nowelizacji Małej Konstytucji wyjęto określone kategorie ustaw¹⁰.

⁶ S. Patyra, *Tryb pilny w teorii i praktyce procesu ustawodawczego pod rządami Konstytucji z 1997 r.*, Przegląd Prawa Konstytucyjnego 2011, nr 1, s. 62–63.

⁷ Ustawa Konstytucyjna z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz.U. z 1992, Nr 84, poz. 426 ze zm.).

⁸ S. Patyra, *op.cit.*, s. 62.

⁹ W. Odrowąż-Sypniewski, *Tryb pilny w świetle przepisów Małej Konstytucji i regulaminu Sejmu*, Przegląd Sejmowy 1996, nr 2, s. 47; autor zwraca uwagę, że po rozpoczęciu II kadencji Sejmu niemal połowa projektów, nierzadko obszernych, Rady Ministrów była opatrywana klauzulą pilności.

¹⁰ Nowelizacja Małej Konstytucji uchwalona 17 marca 1995 r. wykluczyła możliwość zastosowania trybu pilnego w odniesieniu do projektów ustaw konstytucyjnych, ustawy budżetowej, ustaw podatkowych, ustaw dotyczących wyborów Prezydenta, Sejmu, Senatu oraz organów samorządu terytorialnego,

Obowiązująca regulacja trybu pilnego znajduje się w art. 123 Konstytucji RP oraz regulaminach Sejmu¹¹ i Senatu¹². Kompetencje w zakresie nadawania klauzuli pilności pozostały w rękach Rady Ministrów, która może ją nadać wyłącznie własnym projektom ustaw. Ich rozpatrzenie odbywa się w trzech czytaniach, co jest istotną różnicą w porównaniu do regulacji trybu pilnego przewidzianej w Małej Konstytucji – tam bowiem pilna procedura ustawodawcza została skrócona do dwóch czytań. Dalsza część postanowień Konstytucji RP dotyczących trybu pilnego zawiera jednak wiele cech podobnych do regulacji z Małej Konstytucji. Co prawda w art. 123 nie ma pozytywnej przesłanki zastosowania trybu pilnego, którą w Małej Konstytucji było występowanie „uzasadnionego wypadku”, ale doktryna i orzecznictwo zgodnie przyjmują, że nadanie klauzuli pilności może wystąpić wyłącznie w przypadkach uzasadnionych¹³. Można więc powiedzieć, że przesłanka przewidziana w ustawie konstytucyjnej z 1992 r. znajduje zastosowanie, choćby w sferze *soft law*, pod rządami Konstytucji z 1997 r.

Dalsza regulacja zakresu przedmiotowego wyklucza pewne kategorie projektów ustaw z możliwości uchwalania w trybie pilnym. W art. 123 ust. 1 nie wymieniono wprawdzie *explicite* projektów ustaw konstytucyjnych oraz ustawy budżetowej, jednak wydaje się, że także i one nie mogą zostać uchwalone w trybie pilnym. Świadczyć o tym może odrębna regulacja procedowania tych dwóch szczególnych kategorii ustaw.

Zarzuty wnioskodawcy podnoszące nieuprawnione zastosowanie trybu pilnego ogniskują się wokół twierdzenia, że ustawa zmieniająca z 2011 r., będąca przedmiotem kontroli konstytucyjnej, nie mieściła się w zakresie przedmiotowym art. 123 Konstytucji.

Wnioskodawca stwierdził, że ustawa zmieniająca z 2011 r. wchodzi w zakres pojęcia „ustaw podatkowych”. Stanie się tak dlatego, że składka na ubezpieczenie rentowe ma charakter podatkowy, czyli jest świadczeniem pieniężnym, nałożonym jednostronnie przez organ publicznoprawny, przymusowym, bezzwrotnym, nieodpłatnym oraz stanowiącym dochód publiczny. Przedmiotem kontrowersji jest spełnianie przez składkę dwóch ostatnich cech.

Trybunał Konstytucyjny odrzucił tę kwalifikację twierdząc, że składka na ubezpieczenie rentowe nie jest nieodpłatna, bo w zamian za składkę ubezpieczony otrzymuje rentę. Ponadto stwierdził, że nie stanowi ona dochodu budżetu państwa ani samorządu terytorialnego, ale jest dochodem Funduszu Ubezpieczeń Społecznych. Rozwijając swoje stanowisko Trybunał podkreślił, że o ile podatki służą celom ogólnym i mają

ustaw regulujących ustrój, właściwości i zasady funkcjonowania organów Państwa oraz samorządu terytorialnego, a także kodeksów (Dz.U. z 1995, Nr 38, poz. 184). Regulacja ta została w zasadzie powtórzona w Konstytucji z 1997 r.

¹¹ Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 30 lipca 1992 r. – Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej (M.P. z 1992, Nr 26, poz. 185 ze zm.).

¹² Uchwała Senatu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 23 listopada 1990 r. – Regulamin Senatu (M.P. z 2010, Nr 39, poz. 542 ze zm.).

¹³ Orzeczenie TK z 9 stycznia 1996 r., K 18/95, OTK ZU nr 1/1996, poz. 1; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 716–717; L. Garlicki, *Uwagi do art. 123 Konstytucji* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, t. 2, red. L. Garlicki, Warszawa 2001, s. 1–6; W. Odrowąż-Sypniewski, *Tryb...*, s. 52.

wyłącznie charakter fiskalny (tzn. służą finansowaniu państwa i zadań publicznych), o tyle składka rentowa ma charakter celowy i to z niej są opłacane świadczenia dla osób ubezpieczonych. Także po stronie płatnika składki powstaje „przysporzenie” w postaci zwolnienia od ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wystąpieniem zdarzeń losowych dotyczących pracowników. W przeciwieństwie do składki rentowej, podatko- wi nie towarzyszy żadne bezpośrednio z nim związane świadczenie wzajemne ze strony państwa lub jednostek samorządu terytorialnego.

Z punktu widzenia wnioskodawcy składka ma charakter nieekwiwalentny – to ubez- pieczony, a nie płatnik, będzie beneficjentem ewentualnego świadczenia w związku z obowiązkowym ubezpieczeniem rentowym. Wnioskodawca uznał też, że składka na ubezpieczenie stanowi część dochodu publicznego. Państwowe fundusze celowe tworzy się po to, aby ich dochody i wydatki wydzielić z budżetu państwa. Ich przychody nie stanowią więc dochodu budżetu państwa, ale stanowią dochód państwa i z racji tego spełniają przesłankę stanowienia dochodu publicznego. W konsekwencji, składka na ubezpieczenie rentowe wypełnia w całości definicję podatku. Nie zmienia tego na- zwanie świadczenia „składką”, gdyż o charakterze podatkowym zdecyduje wypełnienie materialnoprawnych cech podatku, a nie jego nazwa.

Zdaje się, że stanowisko wnioskodawcy jest trafne. Świadczeniu płatnika nie odpowiada żadne świadczenie wzajemne ze strony państwa lub jednostek samo- rządu terytorialnego. Sędzia TK Teresa Liszcz w swoim zdaniu odrębnym zauważa, że przyjęcie koncepcji „pośredniej ekwiwalentności”, w myśl której po stronie płat- nika również powstaje przysporzenie, pozwala na twierdzenie, że podatek także jest świadczeniem wzajemnym, bo w zamian państwo zapewnia nam bezpieczeństwo wewnętrzne i zewnętrzne. Wydaje się zatem, że przyjęte wnioskowanie Trybunału jest nietrafne. Warto bowiem zauważyć, że prawo do świadczenia rentowego jest uzależnione nie tylko od posiadania obowiązkowego tytułu ubezpieczenia, ale także od spełnienia szeregu przesłanek warunkujących przyznanie renty. Zatem samo uiszczanie składek na ubezpieczenie rentowe nie gwarantuje uzyskania świadcze- nia rentowego.

Nietrafny zdaje się też pogląd o pozabudżetowym charakterze składki w części opłacanej przez płatnika. Niewątpliwym jest, że składki na ubezpieczenie rentowe nie zasilają budżetu państwa ani samorządu terytorialnego, ale stanowią przychód Funduszu Ubezpieczeń Społecznych. Warto mieć jednak na uwadze, że źródłem przychodów Funduszu są nie tylko uiszczane składki, ale także dotacje z budżetu państwa oraz nieoprocentowane pożyczki. Skutkiem tego jest zmniejszenie dotacji z budżetu w przypadkach, gdy wpływy ze składek są większe. Podwyższenie składek może zatem bezpośrednio oddziaływać na budżet państwa i umożliwiać ewentualne oszczędności. Powołanie się na pozabudżetowy charakter składki jest tym bardziej nietrafne, gdy weźmie się pod uwagę, że w uzasadnieniu rządowego projektu noweli- zacji z 2011 r. podkreślono, że podwyższenie składki rentowej jest „środkiem słu- żącym ograniczeniu strukturalnego deficytu budżetu państwa”. Zwraca na to uwagę w swoim zdaniu odrębnym sędzia TK Maria Gintowt-Jankowicz. Skoro sama Rada

Ministrów w taki sposób określiła cel przeprowadzanej nowelizacji, to trudno jest zaprzeczyć powiązaniu składki na ubezpieczenie rentowe z budżetem państwa.

5.

Ponadto, nawet w przypadku odrzucenia podatkowego charakteru składki, ustawa zmieniająca z 2011 r. wejdzie w zakres pojęcia „ustaw podatkowych”. Można je bowiem wyklądać rozszerzająco i zawężająco, w zależności od postrzegania roli trybu pilnego w porządku ustrojowym. W tym miejscu warto zastanowić się, jaką funkcję pełni ograniczenie możliwości stosowania trybu pilnego. Wydaje się, że ma ono zapobiegać rozszerzaniu wyjątku – szczególnej formy trybu ustawodawczego¹⁴. Przyjęty przez doktrynę i orzecznictwo wymóg stosowania go w „uzasadnionych wypadkach” może być ograniczeniem niedoskonałym, bo dającym pole do ich arbitralnego definiowania. W przeciwieństwie do tego wyinterpretowanego przez jurisprudence z Konstytucji wymogu, stworzona w art. 123 ust. 1 przesłanka negatywna wyłączająca określone ustawy z możliwości ich uchwalania w trybie pilnym, może stanowić realny instrument przeciwdziałający nadmiernemu wykorzystywaniu trybu pilnego. Kwalifikacja danego projektu do jednej z wymienionych kategorii nie sprawia, co do zasady, większych trudności. Wątpliwości pojawiają się jedynie w przypadku kategorii „ustaw podatkowych”¹⁵.

Możliwe bowiem jest przyjęcie wykładni ścisłej, zgodnie z którą „ustawy podatkowe” to jedynie ustawy *stricte* podatkowe (czyli nakładające na dłużnika obowiązek świadczenia pieniężnego, przymusowego, bezzwrotnego, nieodpłatnego, ustalanego jednostronnie przez organ publicznoprawny, stanowiącego dochód publiczny). Taką interpretację przyjął Trybunał Konstytucyjny, opierając ją na wykładni literalnej art. 123 ust. 1. Wyrażenie „z wyjątkiem” może bowiem sugerować, że wymienione kategorie ustaw zostały wprowadzone jako wyjątek od trybu pilnego. W konsekwencji Trybunał odrzucił możliwość stosowania wykładni rozszerzającej katalogu ustaw z art. 123 ust. 1 Konstytucji, jednocześnie nakazując wykładnię ścisłą. Interpretacja taka wydaje się nieuzasadniona, bowiem poczynione wyłączenia nie mają charakteru wyjątków, które są odstępstwem od generalnej zasady – wszak to sam tryb pilny ma charakter szczególnej procedury ustawodawczej, a zatem sam jest odstępstwem od generalnej zasady zwykłego trybu ustawodawczego. Wyłączenie dopuszczalności uchwalenia określonej materii ustawowej w trybie pilnym powoduje jedynie powrót do reguły ogólnej, czyli do stosowania zwykłego trybu ustawodawczego. Zawężająca kwalifikacja Trybunału wydaje się dokonana bez uwzględnienia natury trybu

¹⁴ Wyjątkowy charakter trybu pilnego podkreślony został też w głosowanym orzeczeniu: „Należy jeszcze raz zaznaczyć, że skoro tryb pilny stanowi szczególną procedurę legislacyjną, odrębną wobec zasadniczej, to jego uregulowania powinny podlegać ścisłej interpretacji. Oznacza to przede wszystkim niedopuszczalność rozszerzającej wykładni przesłanek zastosowania tego trybu”; zob. także: orzeczenie TK z 9 stycznia 1996 r., K 18/95, OTK ZU nr 1/1996, poz. 1.

¹⁵ B. Banaszak, *op.cit.*, s. 716 – autor ten przyjmuje jednak konieczność ścisłego rozumienia pojęcia „ustaw podatkowych”; P. Chybalski [w:] *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87–243*, red. L. Bosek, M. Safjan, Warszawa 2016, nb. 19.

pilnego jako wyjątku i *ratio* wprowadzonych wyłączeń. Pilny tryb ustawodawczy jest więc regulacją szczególną, znajdującą zastosowanie jedynie w uzasadnionych przypadkach i to przepisy kształtujące jego dopuszczalność winny być przedmiotem wykładni zawężającej. Wyłączenie legalności stosowania trybu pilnego w sytuacjach nieuzasadnionych oraz w przypadku uchwalania projektu, który znajduje się w enumeratywnym katalogu z art. 123 ust. 1, wydają się wskazywać na taką wyjątkową rolę trybu pilnego w procesie ustawodawczym. Im szerzej zinterpretujemy przepisy ograniczające przedmiotowo, tym ściślej będzie interpretowana możliwość nakładania klauzuli pilności. Wydaje się, że Trybunał uznając wyłączenia określonych kategorii za wyjątki, a co za tym idzie – stosując wobec nich wykładnię ścisłą, nadmiernie rozszerzył zakres stosowania trybu pilnego.

Odmienne stanowisko względem rozumienia roli katalogu ustaw z art. 123 ust. 1, które prowadzi do zaliczenia wszelkich danin publicznych w zakres pojęcia „ustaw podatkowych”, zostało przyjęte przez wnioskodawcę. Taka kwalifikacja, podzielana przez część doktryny¹⁶, wynika z interpretacji tego przepisu łącznie z art. 217 Konstytucji¹⁷. Wspomniany wyżej katalog obejmuje projekty ustaw o zasadniczym znaczeniu dla państwa i obywateli. Materia ta dotyczy w końcu bezpośrednio ich praw i obowiązków. Prawdopodobnie dlatego ustrojodawca uznał, że należy im się szczególna ochrona przed uchwalaniem w skróconej i uproszczonej procedurze. Wydaje się zatem, że ograniczenie kategorii „ustaw podatkowych” do ustaw *stricto* podatkowych, a więc związanych ze szczególną daniną publiczną, jest niecelowe – przyznanie większej ochrony i przeznaczenie tej wrażliwej materii do regulacji tylko w zwykłym trybie ustawodawczym będzie przecież służyło bardziej efektywnemu urzeczywistnieniu dyrektyw demokratycznego stanowienia prawa¹⁸, zwiększając także zaufanie obywateli do państwa i broniąc ich przed pochopnym uregulowaniem najważniejszych dla nich kwestii. Rozumienie „ustaw podatkowych” jako ustaw nakładających na jednostki jakiejkolwiek daniny publiczne będzie więc służyło węższej interpretacji legalności stosowania trybu pilnego, a w konsekwencji realizacji zasady społecznej gospodarki rynkowej opartej na własności prywatnej.

To właśnie stanowisko wnioskodawcy zdaje się zgodnym z intencją ustrojodawcy i założeniami trybu pilnego. Ten ostatni został przecież uregulowany jako wyjątek od trybu zwykłego. Wyłączenia określonej materii ustawowej z uchwalania w tej szczególnej procedurze prowadzi będą do ścisłej wykładni okoliczności uzasadniających pilną procedurę ustawodawczą. Takie zaliczenie do kategorii „ustaw podatkowych” ustaw dotyczących wszelkich danin publicznych będzie służyło zawężającemu stosowaniu trybu pilnego, a w konsekwencji będzie stanowiło skuteczną barierę przed nadużywaniem tego instrumentu. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że w jednym ze swoich orzeczeń Trybunał Konstytucyjny opowiedział się za szerszym

¹⁶ W. Odrowąż-Sypniewski, *Tryb...*, s. 52; L. Garlicki, *op.cit.*, s. 6.

¹⁷ Przeciwnicy tego stanowiska argumentują, że art. 217 Konstytucji różnicuje podatki od innych danin, dlatego „ustawę podatkową” należy rozumieć ściśle.

¹⁸ Tak: orzeczenie TK z 9 stycznia 1996 r., K 18/95, OTK ZU nr 1/1996, poz. 1.

od przyjętego w art. 6 Ordynacji podatkowej¹⁹ rozumieniem pojęcia „ustaw podatkowych”²⁰. Wykładnia literalna zastosowana w glosowanym wyroku, skutkująca potraktowaniem wyłączeń z art. 123 ust. 1 jako wyjątków, stoi w sprzeczności z założeniami trybu pilnego jako konstrukcji szczególnej, niebędącej generalną regułą. Należy te wyłączenia zatem traktować jako określony zbiór spraw, regulowanych w zwykłym trybie ustawodawczym. Katalog projektów z art. 123 ust. 1 ma nie tylko ograniczać stosowanie trybu pilnego do niezbędnego minimum, ale także chronić ważne konstytucyjne wartości – zaufanie obywateli do państwa, bezpieczeństwo prawne czy odpowiednie ukształtowanie procedury ustawodawczej. Choć tryb pilny przebiega z poszanowaniem pierwotnych wartości demokratycznego procesu²¹, to jednak zwykły tryb ustawodawczy w pełni je odzwierciedla²² i dlatego tylko w jego toku może być uchwalana szczególnie ważna materia ustawowa z art. 123 ust. 1. Zawężająca interpretacja „ustaw podatkowych” będzie prowadzić do sytuacji, w której wyłączenie określonych kategorii projektów nie spełni swojego podstawowego celu – ochrony relewantnych dla ustrojodawcy wartości przed regulacją nadmiernie pochopną i uproszczoną. Dlatego projekt ustawy, który choć w niewielkim stopniu dotyka katalogu spraw z art. 123 ust. 1, nie powinien być uchwalany w trybie pilnym²³. Kwestionowana ustawa była wprawdzie przedmiotem konsultacji społecznych, ale czas ich przeprowadzenia został poddany nadmiernemu skróceniu²⁴. Zdaje się, że tak ukształtowana procedura, choć czyni zadość wartościom demokratycznym, nie powinna mieć zastosowania do materii o zasadniczym znaczeniu dla państwa i obywatela.

6.

Drugim wzorcem przeprowadzanej kontroli był art. 2 Konstytucji. Wnioskodawca zarzucił ustawodawcy naruszenie zakazu zmian w trakcie trwania roku podatkowego, nakazu ochrony interesów w toku oraz zachowania odpowiedniej *vacatio legis*. Wymogi te mają ograniczać swobodę ustawodawcy w kształtowaniu materialnych treści prawa podatkowego. Ustawodawca jest więc obowiązany do szanowania proceduralnych aspektów zasady demokratycznego państwa prawnego²⁵. Pojawia się zatem zagadnienie

¹⁹ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 1997, Nr 138, poz. 926).

²⁰ Wyrok z 9 listopada 1999 r., K 28/98, OTK ZU nr 7/1999, poz. 156.

²¹ W. Gromski, *Cele postępowania ustawodawczego* [w:] *Postępowanie ustawodawcze w polskim prawie konstytucyjnym*, red. J. Trzeciński, Warszawa 1994, s. 22.

²² W orzeczenie z 9 stycznia 1996 r., K 18/95, OTK ZU nr 1/1996, poz. 1, gdzie TK stwierdził, że urzeczywistnieniu dyrektyw demokratycznego stanowienia prawa najlepiej służy zwykły tryb ustawodawczy.

²³ W. Odrowąż-Sypniewski, *O dopuszczalności rozpatrywania w trybie pilnym projektu ustawy o zwolnieniu świadczeń z tytułu prześladowań przez nazistowskie Niemcy z podatków i opłat oraz niezaliczaniu ich do dochodów*, Biuletyn Biura Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu 2000, nr 4, s. 80.

²⁴ Zob. Decyzja Prezydium Komisji Krajowej NSZZ „Solidarność” nr 227/11 ws. opinii o projekcie ustawy MPiPS o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (do druku nr 84/VII kadencja).

²⁵ Wyrok TK z 25 listopada 1997 r., K 26/97 i powołane tam orzecznictwo.

takiego kształtowania prawa podatkowego, które skutecznie chroniąc dobro publiczne nie naruszy konstytucyjnie chronionych dóbr podatnika²⁶.

Pierwszym problemem było to, czy składka na ubezpieczenie rentowe jest rozliczana w cyklu rocznym, czy miesięcznym. Wejście w życie ustawy nakładającej daninę publiczną rozliczaną w cyklu rocznym musi nastąpić najpóźniej na miesiąc przed końcem roku podatkowego²⁷. Gdyby więc składka na ubezpieczenie rentowe byłaby rozliczana w cyklu rocznym, istniałyby podstawy do uznania niekonstytucyjności uchwalonej nowelizacji. Trybunał Konstytucyjny orzekł jednak, że składka jest rozliczana i opłacana miesięcznie. Jeśli więc składka nie jest rozliczana w wymiarze rocznym, to do zmian wysokości jej wysokości nie ma zastosowania zakaz wprowadzania zmian prawnych w czasie trwania roku podatkowego i wynikający z niego wymóg, aby zmiany te wchodziły w życie przynajmniej na miesiąc przed końcem roku podatkowego.

Wydaje się jednak, że to wnioskodawca słusznie przyjął, że składka na ubezpieczenie jest naliczana w cyklu rocznym. Roczna podstawa wymiaru składki na ubezpieczenia rentowe w danym roku kalendarzowym nie mogła być bowiem wyższa od kwoty odpowiadającej trzydziestokrotności prognozowanego przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego w gospodarce narodowej na dany rok kalendarzowy. Oznacza to, że istniał górny próg rocznej podstawy wymiaru składki, czyli maksymalne roczne obciążenie z tytułu składki rentowej jest z góry określone i znane. Skoro więc to do rocznych dochodów odnosi się maksymalna podstawa jej wymiaru, to jej łączna wysokość w ciągu roku jest ograniczona, a w konsekwencji jest ona rozliczana w cyklu rocznym.

Trybunał nie podzielił wyrażonego przez wnioskodawcę stanowiska o niezachowaniu odpowiedniej *vacatio legis*²⁸. Uznał, że wejście w życie z 32-dniowym opóźnieniem było wystarczające, a za potrzebą niezwłocznego obowiązywania ustawy stał ważny interes społeczny w postaci zachowania równowagi budżetowej. Wprowadzono w ten sposób regulację, która bezpośrednio dotknęła praw i obowiązków podatników. Należy więc zastanowić się, czy zachowanie równowagi budżetowej jest wartością cenniejszą od indywidualnych interesów adresatów normy. Powinni oni mieć bowiem zapewniony czas na przystosowanie się do nowych regulacji²⁹. Wydaje się też, że będąca uzasadnieniem tak szybkiego wejścia w życie zła kondycja finansów publicznych nie jest zjawiskiem nagłym, którego nie można było przewidzieć

²⁶ A. Gomułowicz, *Stanowienie a jakość prawa podatkowego* [w:] *Księga Jubileuszowa Profesora Ryszarda Mastalskiego. Stanowienie i stosowanie prawa podatkowego*, red. W. Miemieć, Wrocław 2009, s. 190.

²⁷ Orzeczenie z 29 marca 1994 r., K 13/93, OTK ZU 1994, poz. 6.

²⁸ Adekwatność tego terminu jest badana *a casu ad casum*, może więc być konieczne przewidzenie *vacatio legis*, która przekroczy 14 dni przewidziane w art. 4 ust. 1 ustawy o ogłaszaniu aktów normatywnych.

²⁹ J. Oniszczyk, *Podatki i inne daniny w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2001, s. 102. Autor słusznie zauważa, że szczególnie istotne jest zachowanie odpowiedniej *vacatio legis* przy przepisach dotyczących działalności gospodarczej. W państwie, w którym funkcjonuje społeczna gospodarka rynkowa oparta o własność prywatną, przedsiębiorcy powinni mieć odpowiedni czas na podjęcie decyzji, które pozwolą im uniknąć strat.

i w konsekwencji nie może ona uzasadnić pochopnych działań państwa, które jednocześnie mogą stanowić zagrożenie dla interesów uczestników życia gospodarczego, w tym szczególnie przedsiębiorców. Zdaje się więc, że ustawa ta naruszyła również zasadę należytej ochrony interesów w toku. Wymaga się bowiem od ustawodawcy, by stanowiąc prawo uszanował przedsięwzięcia rozpoczęte pod rządami przepisów poprzednich, co sprowadza się do uczynienia zadość zasadzie lojalności państwa wobec obywatela³⁰.

7.

Głosowany wyrok Trybunału Konstytucyjnego należy ocenić negatywnie. Wykładnia przyjęta w części dotyczącej trybu pilnego godzi w jego podstawowe założenia. Trybunał stosując wykładnię zawężającą pojęcia „ustaw podatkowych” tak naprawdę godzi w wyjątkowy charakter trybu pilnego. Zdaje się więc, że ustawa będąca przedmiotem kontroli konstytucyjnej nie powinna zostać uchwalona w tym trybie. Podwyższenie składek na ubezpieczenie rentowe jest materią na tyle ważną z punktu widzenia podatników, że jej stanowienie powinno być poprzedzone większym stopniem refleksji, a termin wejścia w życie przewidziany w taki sposób, by adresaci mieli odpowiedni czas, aby dostosować się do wprowadzanych zmian. Potraktowanie równowagi budżetowej jako ważnego interesu społecznego, który uzasadnia przyspieszone wejście w życie nowelizacji z 2011 roku, wydaje się bezpodstawne. W przedstawionym stanie faktycznym prymat nad równowagą budżetową, niezaburzoną przez czynniki losowe, powinny mieć indywidualne interesy obywateli. W konsekwencji, Trybunał Konstytucyjny powinien stwierdzić, że badana ustawa jest niezgodna z Konstytucją.

* * *

Comment on the Judgement of the Constitutional Tribunal of 15th July 2013, K 7/12

The case note is on the judgement of the Constitutional Tribunal of 15th July 2013, K 7/12, in which the Tribunal accepted the application of the urgency procedure for passing the Act of 21st December 2011, that increased the rate of the disability insurance contribution. The decision covered not only the examination of the conditions allowing the application of the urgency procedure, but also the examination of the fulfillment of a number of legislative standards provided for establishing tax regulations. The first part of the note addresses the statements presented by the Court and the applicant on the admissibility of the urgency procedure, specifically considering the interpretation of the provisions regulating this specific legislative procedure. The next part covered the issue of the principles of decent legislation in tax law – such as the appropriate *vacatio legis*, the protection of ongoing interests

³⁰ K 26/97, OTK ZU 1997 nr 5–6, poz. 64; K 10/97, OTK ZU 1998 nr 3, poz. 29; K 27/98, OTK ZU nr 1/1999, poz. 1.

and the prohibition of changes during the tax year. The commented regulation has a huge impact on the state budget. The Tribunal allowed to apply the urgency procedure to establishing the law, which increased the disability insurance contribution imposed on tax payers. Clearly, the act had an *ad hoc* aim of keeping the budget in the right balance and the Tribunal approved legislator's approach.

Key words: urgency procedure, principles of decent legislation, disability insurance contribution, tax regulations, budgetary balance

Jan Ciaptacz¹

Rola państwa w międzynarodowym arbitrażu handlowym – system sądowej kontroli orzeczeń trybunałów arbitrażowych w prawie Chińskiej Republiki Ludowej

Streszczenie:

Określenie roli państw w systemie międzynarodowego arbitrażu handlowego jest bardzo istotne dla budowy spójnych i skutecznych mechanizmów służących tej metodzie rozwiązywania sporów. Państwo jest jednym z elementów tego systemu, a swój wkład realizuje głównie za pomocą instytucji prawnych służących kontroli orzeczeń trybunałów arbitrażowych – odmowy uznania, odmowy stwierdzenia wykonalności oraz uchylenia orzeczenia. Ze względu na praktyczne znaczenie oraz szereg swoistych cech, system prawny Chińskiej Republiki Ludowej jest ciekawym przykładem, który umożliwia analizę roli państwa w arbitrażu międzynarodowym. Praktyka funkcjonowania tych instytucji ujęta jest w ramy międzynarodowych, standardów wskazanych głównie przez Konwencję Nowojorską oraz Ustawę Modelową UNCITRAL. W Chińskiej Republice Ludowej zakres badań wyznaczają w tym obszarze regulacje dotyczące *orzeczeń zagranicznych* oraz *orzeczeń z elementem zagranicznym*. Szczególnie uwagę przyciąga tzw. System Upředniego Raportowania (Prior Reporting System). Ocena tych elementów pozwala wyciągnąć wnioski dotyczące skutecznego prowadzenia przez państwo polityki proarbitrażowej. Pozwala również wskazać na to, jak skomplikowane jest włączenie się państwa w system międzynarodowego arbitrażu handlowego w roli elementu wspierającego, przy jednoczesnym zachowaniu charakteru kontrolnego omawianych instytucji prawnych.

Słowa kluczowe: arbitraż handlowy, trybunał arbitrażowy, Chińska Republika Ludowa

¹ Student prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego; absolwent Szkoły Prawa Austriackiego Uniwersytetu Wiedeńskiego i Uniwersytetu Jagiellońskiego; studiował na Uniwersytecie Ruprechta-Karola w Heidelbergu oraz w China-EU School of Law na China University

1. Wstęp

Do istoty międzynarodowego arbitrażu handlowego należy to, że strony – na mocy konsensu – mogą wyprowadzić swój spór spod jurysdykcji sądownictwa konkretnego państwa i poddać go pod rozstrzygnięcie wybranych przez siebie sędziów². Prywatne sądownictwo nie funkcjonuje jednak w próżni i nieuchronnie musi wchodzić w interakcje z sądownictwem państwowym, szczególnie wtedy, gdy władza państwowa staje się niezbędna do przeprowadzenia czynności zmierzających do wykonania orzeczenia. Mimo delokalizacji międzynarodowego arbitrażu handlowego na etapie postępowania i orzekania, należy optymalnie określić, jaki status powinno mieć państwo w ramach tej metody rozwiązywania sporów, jeśli ma ono być związane decyzją prywatnego sądu. Instrumenty kontroli orzeczeń trybunałów arbitrażowych stanowią istotne narzędzie i przesądza o roli, jaką państwo odgrywać będzie w międzynarodowym arbitrażu handlowym. To, jaka infrastruktura stworzona zostanie dla realizacji orzeczeń, w dużej mierze przesądzać będzie o funkcjonowaniu arbitrażu w danym środowisku prawnym. Właściwe umiejscowienie państwa w arbitrażu jest ważnym elementem dla zapewnienia należytego urzeczywistnienia jego podstawowych zasad. Bardzo ciekawym polem do analizy tego zagadnienia jest system prawny Chińskiej Republiki Ludowej, który wykazuje w tym zakresie wiele cech swoistych. Jest także systemem, w którym arbitraż handlowy odgrywa bardzo istotną rolę³. Co więcej, ciągle rosnące znaczenie gospodarcze państw azjatyckich – a w szczególności Chin – oznacza automatycznie wzrost znaczenia systemów prawnych tych państw w dziedzinie międzynarodowego rozwiązywania sporów. Należy pamiętać, że specyfiką arbitrażu międzynarodowego jest jego perspektywa globalna. Perspektywa globalna natomiast w dzisiejszym świecie nie może abstrahować od perspektywy chińskiej.

2. Kontrola orzeczeń trybunałów arbitrażowych w międzynarodowym arbitrażu handlowym

Arbitraż należy do prywatnych metod rozwiązywania sporów, a więc za orzeczeniem trybunału arbitrażowego nie idzie gwarancja wyegzekwowania go przy pomocy autorytetu i przymusu państwa⁴. Ponadto trybunał arbitrażowy po wydaniu wyroku

of Political Science and Law w Pekinie; stypendysta Fundacji Konrada Adenauera oraz Stiftung Polytechnische Gesellschaft we Frankfurcie nad Menem; naukowo zainteresowany arbitrażem handlowym, arbitrażem inwestycyjnym oraz komparatystyką prawniczą w zakresie prawa prywatnego.

² A. Szumański [w:] *System Prawa Handlowego Tom 8. Arbitraż Handlowy*, red. A. Szumański, Warszawa 2015, s. 15.

³ S. Lianbin, H. Lin et al., *Annual Review on Commercial Arbitration in China (2017)* [in:] *Commercial Dispute Resolution in China: An Annual Review and Preview (2017)*, Wolters Kluwer Law & Business, 2017, s. 5.

⁴ N. Blackaby, J.M. Hunter, C. Partasides, A. Redfern, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2015, s. 606.

staje się *functus officio* – traci moce jurysdykcyjne i kończy swoje istnienie⁵. Jedynym wyjątkiem dla tego stanu rzeczy są przypadki, gdy trybunał musi wydać dodatkowy wyrok⁶, sprostować wydany wyrok⁷ lub go zinterpretować⁸. Co do zasady jednak trybunał – jako prywatny sąd – przestaje istnieć i nie ma wpływu na dalsze losy wydanego orzeczenia. Statystycznie w arbitrażu międzynarodowym większość orzeczeń wykonywana jest dobrowolnie przez stronę do tego zobowiązaną⁹. W praktyce nie są jednak rzadkością przypadki, kiedy strona niezadowolona z rozstrzygnięcia nie zastosuje się do niego lub będzie starała się je podważyć. Wówczas jedyną metodą wdrożenia rozstrzygnięcia do rzeczywistości – pomijając formy nacisku i presji ekonomicznej, stosowane powszechnie w obrocie profesjonalnym – będzie odwołanie się do państwa i jego aparatu przymusu¹⁰. Trudno oczekiwać, aby państwo, udostępniające swój mechanizm przymusu do wykonania orzeczenia prywatnej instytucji adiudykacyjnej, nie podjęło przynajmniej pewnej weryfikacji podstaw i procedury postępowania poprzedzającego przedłożone rozstrzygnięcie. Uwaga ta odnosi się szczególnie do specyfiki arbitrażu międzynarodowego. Z jego istoty wynika bowiem potrzeba zwrócenia się o uznanie wyroku i pomoc w jego wyegzekwowaniu do państw innych niż państwo, w którym toczy się postępowanie arbitrażowe. Podobnie rozumiała jest interwencja państwa, na którego terytorium odbywa się postępowanie arbitrażowe w sytuacji, gdy jego efektem jest orzeczenie niedopuszczalne ze względów proceduralnych lub z powodu naruszenia fundamentalnych zasad danego porządku prawnego. Generalnie z kontrolą orzeczeń sądów arbitrażowych spotkać się więc można w kraju miejsca arbitrażu oraz w innym kraju, w którym strona domaga się uznania lub/i stwierdzenia wykonalności wyroku¹¹. W obu sytuacjach całkowicie zrozumiałym jest, że państwo rezerwuje sobie prawo weryfikacji – pod pewnymi warunkami – wydanego orzeczenia arbitrażowego.

W mojej pracy poświęcę uwagę trzem mechanizmom kontroli orzeczeń trybunałów arbitrażowych. Pierwsze dwie instytucje to odmowa uznania wyroku sądu arbitrażowego oraz odmowa stwierdzenia wykonalności wyroku sądu arbitrażowego. Mimo

⁵ R. Gerbay, L. Richman, M. Scherer, *Publication Arbitrating under the 2014 LCIA Rules: A User's Guide*, Oxford University Press 2015, s. 334.

⁶ Rozwiązanie takie przewidziane jest przykładowo w Ustawie Modelowej UNCITRAL o Międzynarodowym Arbitrażu Handlowym w art. 33(3), a także w regulaminach licznych instytucji arbitrażowych np. ICC Rules – art. 39, LCIA – art. 27(3) i 27(4).

⁷ Rozwiązanie takie przewidziane jest przykładowo w Ustawie Modelowej UNCITRAL o Międzynarodowym Arbitrażu Handlowym w art. 33(1)(a), a także w regulaminach licznych instytucji arbitrażowych np. ICC Rules – art. 35, LCIA – art. 27(1) i 27(2).

⁸ Rozwiązanie takie przewidziane jest przykładowo w Ustawie Modelowej UNCITRAL o Międzynarodowym Arbitrażu Handlowym w art. 33(1)(b), a także w regulaminach licznych instytucji arbitrażowych np. ICC Rules – art. 37.

⁹ N. Blackaby, J.M. Hunter, C. Partasides, A. Redfern, *op.cit.*, s. 605.

¹⁰ *Ibidem*, s. 607.

¹¹ *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, red. E. Gaillard, J. Savage, Kluwer Law International, 1999, s. 885.

słusznych postulatów akcentowania odrębności tych instytucji¹², z przyczyn praktycznych poddam je wspólnemu omówieniu. Trzecią instytucją jest uchylenie wyroku sądu arbitrażowego. Podstawy do wyznaczenia ram tych instytucji w arbitrażu międzynarodowym stanowić będą Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych z 1958 r. (Konwencja Nowojorska)¹³ oraz Ustawa Modelowa UNCITRAL o Międzynarodowym Arbitrażu Handlowym¹⁴, gdyż regulacje te uznane są przez międzynarodową doktrynę i praktykę prawniczą jako powszechnie akceptowany standard omawianych instrumentów¹⁵.

Do zastosowania przez sąd odmowy uznania wyroku sądu arbitrażowego lub/i odmowy stwierdzenia jego wykonalności dojść może w sytuacji, gdy jedna ze stron skieruje wniosek o uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyroku do właściwego sądu powszechnego. Wówczas strona, przeciwko której skierowane jest orzeczenie, ma możliwość udowodnienia przed sądem jednej z okoliczności przewidzianej w art. 36(1)(a) Ustawy Modelowej UNCITRAL. Katalog ten jest zamknięty oraz wyznacza minimalny standard uznawania i wykonalności wyroków – nie jest możliwe naruszenie konwencji poprzez uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyroku pomimo wystąpienia jednej lub więcej okoliczności ujętych w katalogu¹⁶. Wartym odnotowania jest fakt, że sąd nie może w takiej sytuacji badać merytorycznie sprawy rozstrzygniętej uprzednio wyrokiem sądu arbitrażowego¹⁷. Omawiana instytucja nie może stanowić faktycznej apelacji od wyroku sądu arbitrażowego, gdyż to stawiałoby pod znakiem zapytania całą ideę arbitrażu międzynarodowego i *de facto* czyniłoby z postępowania arbitrażowego jedynie wstęp do postępowania przed sądem powszechnym¹⁸. Elementem ograniczającym zakres kontroli jest także konieczność postrzegania podstaw odmowy w sposób zawężający, w związku z ogólnym, przyjaznym arbitrażowi duchem Konwencji¹⁹. Zarówno Konwencja Nowojorska – w art. V(2), jak i Ustawa Modelowa UNCITRAL – w art. 36(b), przewidują dopełnienie omawianych instytucji w postaci odmowy uznania lub stwierdzenia wykonalności przez sąd *ex officio*. Ma to miejsce, gdy według prawa danego kraju przedmiot sporu nie ma w ogóle zdolności arbitrażowej oraz gdy uznanie lub wykonanie orzeczenia byłoby sprzeczne z porządkiem publicznym tego kraju (tzw. *public policy rule*). Jeśli omawiane instytucje zostaną wykorzystane przez właściwy sąd, orzeczenie nie będzie respektowane przez instytucje państwowe, a jego wykonanie pozostanie poza obszarem wykorzystania przymusu państwowego.

¹² N. Blackaby, J.M. Hunter, C. Partasides, A. Redfern, *op.cit.*, s. 611–612.

¹³ <http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/original/1/5/15465.pdf>, 29.11.2017.

¹⁴ http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf, 29.11.2017.

¹⁵ *Ibidem*, s. 625.

¹⁶ M.R.P. Paulsson, *The 1958 New York Convention in Action*, Kluwer Law International 2016, s. 157.

¹⁷ N. Blackaby, J.M. Hunter, C. Partasides, A. Redfern, *op.cit.*, s. 622.

¹⁸ M.R.P. Paulsson, *op.cit.*, s. 168.

¹⁹ *Ibidem*, s. 173.

Bardzo ważnym elementem kontroli przez państwo orzeczeń trybunałów arbitrażowych jest możliwość uchylenia wyroku przez właściwy sąd, jest to bowiem przejaw największej możliwej ingerencji państwa w prawie arbitrażowym²⁰. Co do zasady orzeczenie trybunału arbitrażowego jest wiążące i ostateczne²¹. Strona decydująca się na arbitraż pozbawiona będzie możliwości apelowania od wyroku – chyba że możliwość taka zostanie przewidziana w umowie kształtującej przebieg postępowania. Do jej dyspozycji pozostanie wyłącznie wniosek o uchylenie wyroku sądu arbitrażowego, do rozpatrzenia którego, co do zasady, właściwy będzie sąd miejsca arbitrażu (*seat of arbitration*). Można powiedzieć, że w ten sposób strona może zachować dostęp do sądownictwa państwowego²². Konwencja Nowojorska wprost wyraża jedynie ograniczenie w postaci określenia jurysdykcji sądu. W doktrynie licznie reprezentowany jest jednak pogląd dotyczący dorozumianych ograniczeń tej instytucji przez Konwencję Nowojorską²³. Niezależnie od rozstrzygnięcia tej dyskusji należy przyznać, że swoboda pozostawiona państwom sygnatariuszom jest bardzo duża.

Z kolei Ustawa Modelowa UNCITRAL w art. 34 dokonuje technicznego przejęcia przewidzianych w art. V Konwencji Nowojorskiej postanowień odnoszących się do odmowy uznania i stwierdzenia wykonalności wyroku trybunału arbitrażowego. Twórcy Ustawy Modelowej skłonili się wobec tego do bardzo wąskiego określenia granic tej instytucji. W podobnym tonie do uchylenia wyroku trybunału arbitrażowego odniósł się Europejski Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Eco Swiss vs. Benetton International* wskazując, że to od wąskiego postrzegania tego instrumentu prawnego w dużej mierze zależy efektywność arbitrażu międzynarodowego²⁴. W systemach poszczególnych państw można zaobserwować różne zakresy stosowania tej instytucji, warto jednak zwrócić uwagę, że Ustawa Modelowa przez swoje rozpowszechnienie ustanowiła uznawany standard międzynarodowy w tym obszarze. Uchylenie wyroku trybunału arbitrażowego oznaczać będzie niemożliwość późniejszego uznania i stwierdzenia jego wykonalności w kraju orzekania o uchyleniu²⁵. Wątpliwości i dyskusje budzi natomiast kwestia wykonalności takich orzeczeń w innych jurysdykcjach²⁶. Ponieważ nie jest to tematem moich rozważań, ograniczę się do stwierdzenia, iż nie ma powodu, aby w każdym przypadku wykluczać uznanie i stwierdzenie wykonalności takiego wyroku w innych jurysdykcjach. Chociaż należy zauważyć, że rozstrzygnięcia sądów powszechnych w tego typu sprawach są często odmowne²⁷.

²⁰ M. Łaszczuk, J. Szpara [w:] *System Prawa Handlowego Tom 8. Arbitraż Handlowy*, red. A. Szumański, Warszawa 2005, s. 675.

²¹ Tendencja powszechnie wyrażana w regulaminach instytucji arbitrażowych, np. LCIA Rules – Art. 26(8); ICC Arbitration Rules – Art. 34(6); ICDR Arbitration Rules – Art. 30(1).

²² T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008, s. 21–22.

²³ G.B. Born, *International Commercial Arbitration (Second Edition)*, Kluwer Law International, 2014, s. 3165.

²⁴ Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 1.06.1999 o sygnaturze C-126/97, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0126>, 29.11.2017.

²⁵ N. Blackaby, J.M. Hunter, C. Partasides, A. Redfern, *op.cit.*, s. 601.

²⁶ G.B. Born, *op.cit.*, s. 3391.

²⁷ N. Blackaby, J.M. Hunter, C. Partasides, A. Redfern, *op.cit.*, s. 601.

Wdrożenie w praktyce omawianych powyżej instytucji wymaga stworzenia systemu, który pozwoli państwu na sprawowanie kontroli nad orzeczeniami trybunałów arbitrażowych, a stronie postępowania na dochodzenie praw przed właściwym sądem powszechnym. Odpowiednia procedura musi uwzględniać specyfikę arbitrażu oraz subtelnie łączyć różne cele i założenia leżące u jego podstaw. Efektywność arbitrażu i jego skuteczność jako metody rozwiązywania sporów w znacznym stopniu uzależnione są od tej infrastruktury prawnej.

3. Orzeczenie trybunału arbitrażowego w prawie Chińskiej Republiki Ludowej

Aby przeanalizować status państwa w ramach chińskiego systemu kontroli nad wyrokami trybunałów arbitrażowych w arbitrażu międzynarodowym, należy wskazać sposób kwalifikacji tych orzeczeń. W chińskiej praktyce arbitrażowej można wyodrębnić 6 kategorii wyroków sądów arbitrażowych, przyjmując za kryterium pochodzenie wyroku²⁸. W pierwszej kolejności są to krajowe orzeczenia arbitrażowe – wydane na terytorium Chin kontynentalnych²⁹ przez rodzimą instytucję arbitrażową, następnie orzeczenia z elementem zagranicznym – również wydane na terytorium Chin kontynentalnych przez rodzimą instytucję arbitrażową, ale obejmujące element zagraniczny, orzeczenia zagraniczne – wydane przez zagraniczną instytucję arbitrażową³⁰ oraz kolejno orzeczenia wydane na Tajwanie, w Hong Kongu oraz w Makau³¹. W niniejszym artykule analiza instytucji prawnych zawężona zostanie do orzeczeń, które bezpośrednio dotyczą międzynarodowego obrotu handlowego, a więc takich, które przez prawo Chińskiej Republiki Ludowej nie są traktowane jako orzeczenia krajowe – orzeczeń zagranicznych oraz orzeczeń z elementem zagranicznym.

Normatywne ujęcie pojęcia orzeczenia zagranicznego dostarcza pewnych trudności natury terminologicznej. Konwencja Nowojorska posługuje się bowiem innym kryterium oceny zagranicznego wyroku trybunału arbitrażowego – zagraniczne orzeczenia arbitrażowe to takie, które „zostały wydane na obszarze państwa innego niż to, w którym żąda się uznania i wykonania tych orzeczeń”³². Wobec powyższego należy przyjąć, że definicja na gruncie prawa chińskiego będzie dwupoziomowa i obejmie zarówno kryterium wydania przez zagraniczną instytucję arbitrażową, jak również obszaru państwa, na którym orzeczenie zostało wydane³³. Tak sformułowana definicja wciąż nie obejmie jednak wszystkich zagranicznych orzeczeń sądów arbitrażowych, które swoim zakresem obejmuje Konwencja Nowojorska, wyznaczając w tym przedmiocie międzynarodowo akceptowany standard. Konwencja nie czyni

²⁸ W. Sun, M. Willems, *Arbitration in China*, Kluwer Law International, 2015, s. 101.

²⁹ Pojęcie obejmuje terytorium Chińskiej Republiki Ludowej bez Hong Kongu, Makau oraz Tajwanu.

³⁰ Taka definicja znajduje się w art. 283 Prawa o Procedurze Cywilnej Chińskiej Republiki Ludowej.

³¹ Wyodrębnienie tych orzeczeń jest praktycznym zabiegiem związanym z osobną regulacją ich uznawania.

³² Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, art. I(1), <http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/original/1/5/15465.pdf>, 29.11.2017.

³³ W. Sun, M. Willems, *op.cit.*, s. 105.

rozdzielenia między orzeczeniami wydanymi w ramach arbitrażu instytucjonalnego a orzeczeniami wydanymi przez trybunały powołane *ad hoc*. Mimo braku koherentnej regulacji w prawie krajowym, praktyka wydaje się być klarowna i przemawiać na korzyść uznawania klauzul arbitrażowych przewidujących arbitraż *ad hoc* poza granicami Chińskiej Republiki Ludowej³⁴. Należy jednak pamiętać o tym, że powyższa definicja – stworzona w oparciu o standardy międzynarodowe – nie będzie konieczne stosowana do wszystkich orzeczeń wydanych poza granicami Chińskiej Republiki Ludowej. Chiny, przystępując do Konwencji Nowojorskiej, skorzystały z przewidzianej w art. I(3) Konwencji możliwości ograniczenia stosowania jej postanowień do orzeczeń arbitrażowych wydanych w państwach będących sygnatariuszami Konwencji. Wszystkie inne zagraniczne orzeczenia trybunałów arbitrażowych podlegają uznawaniu i stwierdzaniu wykonalności w oparciu o umowy międzynarodowe (bi- i multilateralne) lub zasadę wzajemności³⁵.

Orzeczenie arbitrażowe z zagranicznym elementem jest na gruncie prawa chińskiego pojęciem normatywnym. Mimo że pojawia się w Prawie o Procedurze Cywilnej Chińskiej Republiki Ludowej oraz Prawie o Arbitrażu – żaden z tych aktów nie zawiera jego definicji legalnej³⁶. Pewną pomocą jest tu Opinia Najwyższego Sądu Ludowego w Przedmiocie Pewnych Spraw Dotyczących Stosowania Prawa o Procedurze Cywilnej Chińskiej Republiki Ludowej, która wskazała przykłady elementów zagranicznych orzeczenia w postaci: strony lub stron będących obywatelami innego kraju; zdarzenia prawnego, które stworzyło, zmieniło lub zakończyło stosunek prawny, a które wystąpiło na terytorium innego państwa; przedmiotu sporu, znajdującego się na terytorium innego państwa³⁷. Prawo Chińskiej Republiki Ludowej traktuje takie orzeczenie wyraźnie odrębnie od orzeczeń krajowych, sytuując je konstrukcyjnie znacznie bliżej orzeczenia zagranicznego.

Tak zdefiniowane orzeczenia sądu arbitrażowego podlegać będą omówieniu jako przedmiot instytucji kontroli państwa w prawie Chińskiej Republiki Ludowej.

4. Podstawa prawna kontroli orzeczeń trybunałów arbitrażowych w prawie Chińskiej Republiki Ludowej

Przepis art. 267 Prawa o Procedurze Cywilnej Chińskiej Republiki Ludowej³⁸ stanowi podstawowy przepis dotyczący uznawania i wykonywania zagranicznego orzeczenia trybunału arbitrażowego w Chinach. Przewiduje on, że zagraniczne orzeczenia trybunału arbitrażowego w Chińskiej Republice Ludowej podlegają uznaniu i stwierdzeniu

³⁴ L. Gan, S. Yang, *Issues in the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in China*, Asian International Arbitration Journal 2017/1, s. 91.

³⁵ W. Sun, M. Willems, *op.cit.*, s. 103.

³⁶ *Ibidem*, s. 107.

³⁷ S.J. Lord, *The Procedure for Enforcement of Foreign-related and Foreign Arbitral Awards in the People's Republic of China: Is There a Need for Reform?*, Asian International Arbitration Journal 2015/1, s. 2.

³⁸ Civil Procedure Law of the People's Republic of China, <http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=2412&l=en>, 29.11.2017.

wykonalności zgodnie z umowami międzynarodowymi, których stroną jest Chińska Republika Ludowa lub w zgodzie z zasadą wzajemności. Uznawanie i stwierdzanie wykonalności orzeczeń wydanych na terytorium państw stron Konwencji Nowojorskiej ukształtowane jest wobec tego przez postanowienia Konwencji oraz Okólnik Najwyższego Sądu Ludowego w Przedmiocie Implementacji Konwencji o Uznawaniu i Wykonywaniu Zagranicznych Orzeczeń Arbitrażowych³⁹. W przypadku orzeczeń wydanych na terytorium państw niebędących sygnatariuszami Konwencji zastosowanie znajdują odpowiednie umowy międzynarodowe zawarte między Chińską Republiką Ludową a tymi państwami.

Reżim uznawania i stwierdzania wykonalności oraz uchylania orzeczeń arbitrażowych z elementem zagranicznym opiera się również na Prawie o Procedurze Cywilnej Chińskiej Republiki Ludowej oraz Prawie o Arbitrażu Chińskiej Republiki Ludowej. Odmowa uznania i stwierdzenia wykonalności ma swoją podstawę w art. 71 Prawa o Arbitrażu, uchylenie orzeczenia w art. 70 tego samego aktu⁴⁰. Przepisy te mają niemal identyczne brzmienie i stanowią, że powody zastosowania obu powyższych instytucji wymienione są enumeratywnie w art. 260 par. 1 Prawa o Procedurze Cywilnej. Powołanie się na jedno z tych narzędzi przez stronę wymaga udowodnienia przed właściwym sądem zaistnienia przynajmniej jednej z tych okoliczności. Powody zawarte w tym wyliczeniu obejmują: brak klauzuli arbitrażowej oraz umowy o arbitraż sporządzonej w formie pisemnej; niepowiadomienie strony o wskazaniu arbitra ani o udziale w postępowaniu arbitrażowym, a także brak możliwości wyrażenia przez stronę stanowiska w postępowaniu z przyczyn, za które strona nie ponosi odpowiedzialności; niezgodność sformowania trybunału arbitrażowego lub procedury arbitrażowej z regułami arbitrażu; przekroczenie zakresu umowy o arbitraż co do przedmiotu sporu lub wykroczenie poza przedmiotową kognicję sądu arbitrażowego. Ponadto art. 260 Prawa o Procedurze Cywilnej pozostawia sądowi prawo odmowy uznania i stwierdzenia wykonalności takiego wyroku, a także jego uchylenia, gdy wyrok ten pozostaje sprzeczny z interesem społecznym lub publicznym państwa. Warto zauważyć, że – w przeciwieństwie do krajowych orzeczeń arbitrażowych – wykluczona jest tak szeroka faktyczna i materialnoprawna ocena, sąd może natomiast brać pod uwagę wyłącznie ograniczony katalog przesłanek – głównie proceduralnych⁴¹.

5. Aspekty proceduralne

Rozwiązania systemowe istniejące w Chińskiej Republice Ludowej w zakresie kontroli na wyrokami trybunałów arbitrażowych wykazują szereg specyficznych cech. Infrastruktura proceduralna jest kluczowa dla podmiotów zagranicznych wchodzących

³⁹ *Circular of Supreme People's Court on Implementing Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Entered by China*, <http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=2413&l=en>, 29.11.2017.

⁴⁰ *Arbitration Law of the People's Republic of China*, <http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=2415&l=en>, 29.11.2017.

⁴¹ J. Tao, *Arbitration Law and Practice in China (Third Edition)*, Kluwer Law International 2012, s. 201.

w stosunki prawne z podmiotami prawa chińskiego oraz uczestniczących w obrocie prawnym na terytorium Chińskiej Republiki Ludowej. Przegląd omawianej regulacji, jej umiejscowienia w konkretnej rzeczywistości prawnej, uwarunkowań społeczno-politycznych oraz jej ocena pozwolą na uzyskanie szerszej perspektywy.

Problemem często dyskutowanym w środowiskach arbitrażowych różnych krajów jest właściwość sądów w postępowaniach postarbitrażowych. Niewątpliwie jest to sprawa kluczowa o tyle, że należy poszukiwać równowagi między pożądanymi cechami poszczególnych sądów, które najlepiej odpowiadać będą specyfice arbitrażu handlowego. Trzeba brać pod uwagę szybkość postępowania, czemu zagraża skoncentrowanie postępowania w niewielkiej liczbie sądów wyższego rzędu, a nie wolno zapominać o odpowiedniej specjalizacji, która nie zawsze może być zagwarantowana w sądach szczebla niższego. W Chinach kognicja nad uznawaniem i stwierdzaniem wykonalności zagranicznych orzeczeń sądów arbitrażowych oraz orzeczeń sądów arbitrażowych z elementem zagranicznym oraz nad uchylaniem tych ostatnich powierzona została sądom średniego szczebla (stanowią o tym kolejno art. 267 oraz 283 Prawa o Procedurze Cywilnej).

Najwyższy Sąd Ludowy w dwóch wydanych kolejno aktach – Okólniku Najwyższego Sądu Ludowego w przedmiocie rozstrzygania przez Sądy Ludowe o sprawach dotyczących zagranicznych orzeczeń arbitrażowych i orzeczeń arbitrażowych z elementem zagranicznym⁴² z 1995 roku (z późniejszymi zmianami) oraz Okólniku Najwyższego Sądu Ludowego w przedmiocie istotnych zagadnień dotyczących uchylania orzeczeń arbitrażowych z elementem zagranicznym z 1998 roku (z późniejszymi zmianami)⁴³ – ukształtował wewnętrzny „System Uprzedniego Raportowania”⁴⁴. System ten wskazuje drogę, którą musi przejść każde zagraniczne orzeczenie arbitrażowe oraz orzeczenie arbitrażowe z elementem zagranicznym zanim efektywnie zastosowane zostanie jego uchylenie, odmowa uznania lub stwierdzenia wykonalności⁴⁵. Po wniesieniu przez stronę stosownego wniosku (odpowiednio o uznanie i/ lub stwierdzenie wykonalności lub uchylenie wyroku) do sądu średniego szczebla właściwego miejscowo, sąd ten rozpoznaje sprawę w oparciu o przepisy wskazane w Punkcie 5 i 6. Jeśli sąd uzna, że zgodnie z prawem należy skorzystać z jednej z instytucji omawianych w niniejszym artykule, przed wydaniem w tej sprawie orzeczenia jest zobligowany zgłosić planowane rozstrzygnięcie takiej treści do sądu wysokiego szczebla. Sprawa podlega rozpatrzeniu przez właściwy miejscowo sąd wysokiego szczebla i jeśli ten podzieli zdanie sądu średniego szczebla, musi skierować do Najwyższego Sądu Ludowego stosowną opinię. Warunkiem koniecznym do wydania przez sąd średniego szczebla orzeczenia o odmowie uznania lub stwierdzenia wykonalności orzeczenia arbitrażowego lub orzeczenia w przedmiocie uchylenia

⁴² *Circular of the Supreme People's Court on Issues in the People's Courts Handling of Foreign-related Arbitrations and Foreign Arbitrations*, <http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=2414&l=en>, 29.11.2017.

⁴³ W. Sun, M. Willems, *op.cit.*, s. 347.

⁴⁴ Nazwa tej konstrukcji powszechnie tłumaczona jest na język angielski jako *Prior Reporting System*.

⁴⁵ J. Tao, *Arbitration...*, s. 81.

wyroku arbitrażowego jest potwierdzenie przez Najwyższy Sąd Ludowy ustaleń tego sądu. W sytuacji pomyślnego przejścia przez procedurę raportowania proponowanego rozstrzygnięcia, orzeczenie sądu średniego szczebla nie może być przedmiotem odwołania⁴⁶. Warto podkreślić, że system nie obejmuje swoim zakresem krajowych orzeczeń arbitrażowych. Raportowaniu nie podlegają także przypadki, w których sąd średniego szczebla decyduje się na uznanie lub stwierdza wykonalność lub odrzuca wnioski o uchylenie wyroku arbitrażowego⁴⁷.

Warto zastanowić się nad tym, jakie uzasadnienie przyświecało twórcom powyższego systemu. Okólnik Najwyższego Sądu Ludowego z 1995 roku⁴⁸ zawiera zwięzłe uzasadnienie motywów kreacji mechanizmu raportowania w postaci „zagwarantowania właściwego postępowania sądowego i arbitrażowego”⁴⁹. W doktrynie chińskiej wskazuje się, że właśnie ochrona orzeczeń arbitrażowych o znaczeniu międzynarodowym była głównym celem przyświecającym twórcom powyższej konstrukcji⁵⁰. Przed czym raportowanie miałoby stanowić tarczę ochronną? W okresie poprzedzającym stworzenie mechanizmu raportowania chińska praktyka orzecznicza w sprawach z zakresu arbitrażu charakteryzowała się bardzo niską jakością. Rozstrzygnięcia zapadające na niekorzyść orzeczeń arbitrażowych były w wielu przypadkach błędne⁵¹. Gwarancja wielokrotnej oceny rozstrzygnięć wydanych w ramach pierwotnie rozproszonej jurysdykcji – i to przez sądy, które mają wyraźnie większe doświadczenie w zakresie arbitrażu, a przez to wyczucie specyfiki tej metody rozwiązywania sporów – nakierowana jest na eliminację ewentualnych pomyłek w stosowaniu skomplikowanego i wielopoziomowego (także ponadnarodowego) prawa arbitrażowego. Trudno wyobrazić sobie wyższy standard gwarancji jakości w skali kraju, skoro negatywne dla orzeczenia arbitrażowego rozstrzygnięcie podlega dwukrotnej kontroli, a ostatecznie zapasć może wyłącznie za zgodą najwyższego w hierarchii sądu (Najwyższego Sądu Ludowego).

Niewątpliwie twórcy regulacji mieli na względzie także stworzenie systemu koherentnego i spójnego, unikając – immanentnych w systemach rozproszonej jurysdykcji nad postępowaniami postarbitrażowymi – rozbieżności orzeczniczych. niespójne orzecznictwo w tak istotnej sprawie stanowi czynnik odstraszający inwestorów prowadzących działalność na terytorium Chińskiej Republiki Ludowej oraz podmioty wchodzące w kontakty biznesowe z podmiotami chińskimi. W dobie rozszerzonej

⁴⁶ C. von Wunschheim, *Enforcement of Commercial Arbitral Awards in China*, Thomson West, 2013, s. 144.

⁴⁷ J. Tao, *Arbitration...*, s. 204.

⁴⁸ Okólnik Najwyższego Sądu Ludowego w przedmiocie rozstrzygania przez Sądy Ludowe o sprawach dotyczących zagranicznych orzeczeń arbitrażowych i orzeczeń arbitrażowych z elementem zagranicznym z 1995 r.

⁴⁹ Circular of the Supreme People's Court on Issues in the People's Courts Handling of Foreign-related Arbitrations and Foreign Arbitrations, <http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=2414&l=en>, 29.11.2017.

⁵⁰ W. Sun, M. Willems, *op.cit.*, s. 345.

⁵¹ J. Tao, *One Award — Two Obstacles : Double Trouble When Enforcing Arbitral Awards in China*, *Asia Arbitration Journal* 2008/1, s. 91.

ekspansji gospodarczej chińskich przedsiębiorców i postępującego otwierania rynku chińskiego na inwestycje zagraniczne aspekt ten stanowi istotny element polityki prawnej Chińskiej Republiki Ludowej. Nieśpójności w orzecznictwie są w kontekście chińskim jeszcze groźniejszym zjawiskiem niż w innych krajach, gdyż nie wynikają wyłącznie z odmiennej interpretacji prawa. Plagą chińskiego systemu prawo-gospodarczego jest zjawisko lokalnego protekcjonizmu i wpływ lokalnych władz na judykaturę w razie osobistego zainteresowania konkretnym rozstrzygnięciem⁵². Powierzenie ostatniego słowa Najwyższemu Sądowi Ludowemu pozwala uniknąć ryzyka wynikającego z tej oczywiście negatywnej praktyki. Mechanizm ten natomiast wydaje się być również skutecznym narzędziem realizacji spójnej polityki arbitrażowej. Najwyższy Sąd Ludowy zachowuje pewność, że aktualna linia orzecznicza tego sądu znajdzie zastosowanie niezależnie od wszelkich okoliczności proceduralnych. System ewidentnie nakierowany jest na zagwarantowanie maksymalnej pewności, że rozstrzygnięcie w konkretnej sprawie nie mogło być inne i negatywne rozstrzygnięcie jest ostateczne. Pominięcie w przedmiotowym zakresie raportowania rozstrzygnięć, które można określić jako pozytywne dla orzeczenia arbitrażowego, jest jasną wskazówką, że największe znaczenie ma w tym przypadku usunięcie błędów i nieścisłości, które wpływają negatywnie na wykonalność orzeczeń sądów arbitrażowych, a nie na usunięcie błędów i nieścisłości w postępowaniach postarbitrażowych w ogóle. Jest też oczywiście zagadnieniem praktycznym wobec generalnej zasady wyjątkowego stosowania omawianych instytucji.

6. Konkluzje

Akty prawnomiędzynarodowe, akty należące do *soft law*, wreszcie przepisy krajowe poszczególnych państw przewidują ramy, w których orzeczenia trybunałów arbitrażowych podlegają zetknięciu z sądami powszechnymi. Pytanie o to, jaką rolę w międzynarodowym arbitrażu handlowym ogrywa państwo i jego instytucje, to pytanie o przebieg tego zetknięcia. Prawo arbitrażu międzynarodowego wytworzyło instytucje, które umożliwiają państwu pewną dozę kontroli nad orzeczeniami trybunałów arbitrażowych. Państwo w roli kontrolera orzeczeń arbitrażowych podejmuje się funkcji weryfikacyjnej, by wykluczyć stosowanie swojego autorytetu i przymusu w sytuacjach, gdy podstawy lub przebieg postępowania odbiegają od wymaganych przez to państwo standardów prawnych. Materialnoprawna analiza międzynarodowego standardu ram omawianych instytucji wykazuje pewną tendencję charakterystyczną dla aktów międzynarodowego prawa arbitrażowego. W orzecznictwie amerykańskich sądów federalnych tendencja ta została określona jako „proarbitrażowa stronniczość”⁵³. We właściwym dla Chińskiej Republiki Ludowej systemie tak rozbudowanej weryfikacji każdego rozstrzygnięcia sądu powszechnego, które odmawia orzeczeniu arbitrażowemu uznania lub stwierdzenia wykonalności albo przesądza o jego uchyleniu, można dostrzec wyraźną stronniczość proarbitrażową procedury

⁵² M. Zhang, *Chinese Contract Law. Theory and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, s. 17.

⁵³ N. Blackaby, J.M. Hunter, C. Partasides, A. Redfern, *op.cit.*, s. 60.

postarbitrażowej. Państwo stawia się wobec powyższego w roli ochraniającego arbitraż międzynarodowy przed ewentualnymi zagrożeniami, które mogą wyniknąć w czasie stosowania procedury weryfikacyjnej przez sądy powszechne. Daje przez to wyraźnie znać podmiotom zagranicznym, że ryzyko błędnych rozstrzygnięć stara się możliwie zminimalizować.

Warto jednak zadać pytanie, czy wobec tego rola ochronna państwa oznacza automatycznie, że państwo wspiera arbitraż jako metodę rozwiązywania sporów? Wydaje się, że w omawianym mechanizmie kryje się co najmniej kilka problemów, które mogą być odczytywane jako negatywne dla arbitrażu międzynarodowego jako takiego. Po pierwsze, system ten jest wewnętrzny, a co za tym idzie, ewidentnie brakuje mu przejrzystości, która dla stron postępowania postarbitrażowego jest niezwykle istotna. Po drugie, rozbudowanie procedury prowadzi do nieprzewidywalności co to terminu, w jakim ostatecznie dana sprawa zamknięta zostanie. Jej trójszczeblowość wpływa na potencjalne przedłużenie postępowania postarbitrażowego, co minimalizuje jedną z największych korzyści tej formy rozwiązywania sporów – sprawności i szybkości. Warty odnotowania jest także fakt, że w istocie mechanizmu zawarte jest znaczne naruszenie niezależności sądu, który podejmuje rozstrzygnięcie⁵⁴. Znowu podkreślić trzeba, że naruszenie niezależności następuje tu w imię nietransparentnej weryfikacji.

Należy wobec powyższego stwierdzić, że polityka sprzyjania arbitrażowi międzynarodowemu musi obejmować szersze spektrum niż odpowiednie ograniczenia dla kontroli państwa nad orzeczeniami oraz odpowiednie środki przeciwdziałania zagrożeniom wewnątrzsystemowym. Państwo, jeśli chce pełnić rolę realnego wsparcia dla arbitrażu międzynarodowego, musi tak kreować swoją infrastrukturę prawną dla realizacji omawianych trzech instytucji kontroli, aby uwzględnić w pełni specyfikę tej formy rozwiązywania sporów.

* * *

The role of the State in the International Commercial Arbitration – the System of Judicial Control of Arbitrational Tribunals Sentences in the Legal System of People's Republic of China

The question concerning the role of states in international commercial arbitration is one of the most crucial problems in creating coherent and comprehensive mechanism supporting this dispute resolution method. State is a very important element of the aforementioned system, realizing its contribution through legal instruments introducing control over arbitral awards – non-recognition, non-enforcement and annulment of an award. Since the legal system of People's Republic of China has broad experience with commercial arbitration and exhibits some characteristic features, it is a very good example enabling analysing the general role of the state in international commercial arbitration. The legal institutions mentioned above are used worldwide and have some international standards framed by New York Convention

⁵⁴ S.J. Lord, *op.cit.*, s. 45.

and UNCITRAL Model Law. In China, the scope of this research is created by regulations concerning *foreign awards* and *awards with foreign elements*. Especially the Prior Reporting System is the part of this system that attracts most attention. Analysis of those elements gives opportunity to draw conclusions regarding pro-arbitration policy. It enables also presenting how complicated and complex is the supporting participation of states in international commercial arbitration, which at the same time dispose of controlling instruments.

Key words: commercial arbitration, arbitration tribunal, People's Republic of China

Marcin Biskupski¹

**Glosa do uchwały siedmiu sędziów
Sądu Najwyższego
z dnia 31 maja 2017 r., I KZP 4/17**

Streszczenie:

Pomimo ugruntowanej pozycji prawa łaski w polskim porządku prawnym, ze względu na lakoniczną treść unormowań w tym zakresie, prerogatywa ta wzbudza liczne kontrowersje. Główną, choć niejedyną, ośią sporu jest moment, w którym głowa państwa może zastosować prawo łaski. W celu rozstrzygnięcia tego problemu Sąd Najwyższy podjął uchwałę, która wskazuje, iż prawo łaski może być przez głowę państwa zastosowane tylko w stosunku do osób skazanych prawomocnym wyrokiem sądu. Drugim elementem dylematu, przed którym stanął Sąd Najwyższy, jest zagadnienie, czy w przypadku stwierdzenia, iż prawo łaski może być zastosowane tylko w stosunku do osób skazanych wyrokiem prawomocnym, ułaskawienie osób skazanych wyrokiem nieprawomocnym wywołuje skutki procesowe. Uchwała ta, ze względu na *meritum* rozstrzygnięcia, zasługuje na krytykę, jednakowo część wskazanych przez Sąd Najwyższy argumentów zasługuje na aprobatę.

Słowa kluczowe: Prezydent, łaska, konstytucja, Sąd Najwyższy, proces karny

1.

Przedmiotem glosy jest stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale siedmiu sędziów z dnia 31 maja 2017 r. (sygn. akt I KZP 4/17), iż prawo łaski, jako uprawnienie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej określone w art. 139 Konstytucji, może być realizowane wyłącznie wobec osób, których winę stwierdzono prawomocnym wyrokiem sądu (osób skazanych). Sprawa toczyła się w związku z przekazaniem na podstawie

¹ Autor jest studentem IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

art. 59 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2016, poz. 1254 ze zm.) zagadnienia prawnego wymagającego zasadniczej wykładni przez skład trzech sędziów Sądu Najwyższego (sygn. akt II KK 313/16), które pojawiło się w związku ze złożeniem kasacji od wyroku przez pełnomocników oskarżycieli posiłkowych. Postanowieniem z dnia 7 lutego 2017 r. Sąd Najwyższy przedstawił bowiem składowi siedmiu sędziów Sądu Najwyższego do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne budzące poważne wątpliwości co do wykładni prawa:

1. czy przewidziany w zdaniu pierwszym art. 139 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej zakres normowania zwrotu „prawo łaski” obejmuje również normę kompetencyjną do stosowania abolicji indywidualnej?
2. w przypadku negatywnej odpowiedzi na pytanie pierwsze – jakie skutki wywołuje przekroczenie powyższego zakresu normowania dla dalszego toku postępowania karnego?

Wyrokiem z dnia 30 marca 2015 r. Sąd Rejonowy w Warszawie skazał czterech oskarżonych na kary pozbawienia wolności. Ponadto orzeczono wobec nich środek karny w postaci zakazu zajmowania stanowisk w administracji rządowej. Apelacje od wyroku wnieśli zarówno pełnomocnicy oskarżonych, jak również oskarżyciele posiłkowi. Jednak już po wniesieniu apelacji, a zatem przed uprawomocnieniem się wyroku, postanowieniem z dnia 16 listopada 2015 r. Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie art. 139 Konstytucji zastosował prawo łaski „przez przebaczenie i puszczenie w niepamięć oraz umorzenie postępowania”². Należy stwierdzić, iż Sąd Najwyższy zajął w tej sprawie stanowisko niesłuszne. O ile jednak nie sposób zgodzić się *z meritum* rozstrzygnięcia, to należy zważyć na słuszność pewnych argumentów przedstawionych w uzasadnieniu uchwały.

2.

Uzasadniając tezę Sąd Najwyższy wyszedł w pierwszej kolejności od uzasadnienia dopuszczalności wniesienia kasacji. Zagadnienie to ma w sposób oczywisty znaczenie fundamentalne dla omawianej uchwały, bowiem przyjęcie stanowiska przeciwnego, a zatem przyjmującego niedopuszczalność badania przez Sąd Najwyższy kasacji będącej podstawą rozstrzygnięcia, niweczy możliwość merytorycznego rozpatrzenia zagadnienia. Należy stwierdzić, iż we wspomnianym zakresie Sąd Najwyższy dokonał słusznej oceny wychodząc od regulacji zawartej w art. 529 k.p.k. Sąd Najwyższy dokonał słusznej interpretacji przesłanek wskazując, iż istotą wspomnianego przepisu odczytywanego *a contrario* jest to, że wniesienie kasacji na niekorzyść nie jest możliwe, jeśli dotyczy innego naruszenia prawa niż skutkującego tym, iż w badanej sprawie doszło do wykonania kary, zatarcia skazania, aktu łaski, wystąpienia okoliczności wyłączającej ściganie lub uzasadniające zwieszenie postępowania.

² Z uzasadnienia uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 31 maja 2017 r., I KZP 4/17, na podstawie treści uzasadnienia ze strony Sądu Najwyższego, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/I%20KZP%204-17.pdf>, 29.10.2017.

3.

W dalszej kolejności należy odnieść się do kwestii możliwości badania przez Sąd Najwyższy, czy w konkretnie omawianej sytuacji ma on kompetencję do oceny zakresu przedmiotowego decyzji Prezydenta RP o zastosowaniu prawa łaski. Sąd Najwyższy w tym zakresie słusznie wyprowadził argumentację wychodząc od art. 175 Konstytucji. Pozwoliło to dojść do przekonania, iż obowiązujące przepisy uprawniają i zarazem obligują Sąd Najwyższy do oceny, czy realizacja prawa łaski w tej postaci (jako abolicji indywidualnej) nie stanowi ingerencji w obszar zastrzeżony w Konstytucji RP dla wymiaru sprawiedliwości.

4.

W dalszej części uzasadnienia Sąd Najwyższy stanął jednak na stanowisku, iż prawo łaski w formie abolicji indywidualnej wkracza w dziedzinę kompetencji organów wymiaru sprawiedliwości oraz ingeruje w niezależność sądownictwa. W tym miejscu nadmienić warto, iż przez niektórych przedstawicieli doktryny prawo łaski jako takie z samej istoty postrzegane jest jako ingerencja w wymiar sprawiedliwości, działanie konkurencyjne lub też stojące obok sądownictwa, niezależnie czy jest dokonywane przed, czy po prawomocnym skazaniu³. Należy stwierdzić jednakże, iż prawo łaski w formie abolicji indywidualnej, ani tym bardziej w postaci zastosowania po prawomocnym orzeczeniu, nie wkracza w kompetencje sądów ani nie jest próbą przejęcia kompetencji władzy sądowniczej. Dopiero sytuacja, w której Prezydent postanowiłby samodzielnie prowadzić postępowanie i zdecydować o dolegliwości dla skazanego, mogłaby zostać uznana za nieuprawnioną ingerencję w sprawowanie wymiaru sprawiedliwości i próbę przejęcia kompetencji władzy sądowniczej. Nie na tym jednak polega wykonywanie prawa łaski, również w formie abolicji indywidualnej. Działanie Prezydenta w postaci udzielania łaski siłą rzeczy jest związane z wymiarem sprawiedliwości, jednak nie w postaci przejmowania kompetencji. Ingerencja ta w pewien sposób należy do istoty prawa łaski. Prezydent aktem łaski bowiem zawsze ingeruje w kształtowanie sytuacji osoby skazanej (oskarżonej). Wydanie aktu łaski po prawomocnym skazaniu siłą rzeczy będzie ingerencją w wymierzanie sprawiedliwości, jednak już na etapie wykonania kary. Ingerencja ta mieści się jednak w polskim porządku konstytucyjnym. Ponadto należy zastanowić się nad sytuacją, gdy Prezydent aktem łaski daruje skazanemu część kary. W doktrynie polskiego prawa konstytucyjnego powszechnie przyjmuje się możliwość, by Prezydent aktem łaski zdecydował o odpowiednim darowaniu części dolegliwości karnej⁴. Pojawić się zatem musi pytanie, czy w ten sposób Prezydent nie przejmuje kompetencji władzy

³ T. Szymczak, *Instytucja Prezydenta w świetle odpowiedzi na Ankietę Komisji Konstytucyjnej Senatu RP*, AUWr FI 1992, Nr 55, s. 93.

⁴ P. Sarnecki, *Komentarz do art. 139 Konstytucji [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2005; por. również *Proces karny. Zarys systemu*, red. S. Waltoś, P. Hofmański, Warszawa 2016, s. 586.

sądowniczej i nie postanawia samodzielnie zdecydować o dolegliwości karnej należnej skazanemu. Przyjęcie tego poglądu siłą rzeczy musiałoby doprowadzić do stwierdzenia, iż Prezydent w ten sposób przejmując uprawnienia władzy sądowniczej i w jej miejsce sprawuje wymiar sprawiedliwości. Teza ta jest jednak w sposób oczywisty błędna. Wykonując prawo łaski prezydent nie staje się organem władzy sądowniczej, a czynność ta nie jest sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości. Prezydent nie rekonstruuje stanu faktycznego, nie rozstrzyga o winie, nie dokonuje subsumpcji pod określony i zinterpretowany przez siebie przepis prawny. Postępowanie prowadzone przez Prezydenta przed podjęciem decyzji o skorzystaniu z prawa łaski w niczym nie przypomina procesu sądowego⁵. Prezydent swoim działaniem odnosi się jedynie do ostatniego elementu skazania, jakim jest wysokość kary. Podobnie w przypadku stosowania prawa łaski w formie abolicji indywidualnej. Prezydent w tym przypadku nie stawia się w pozycji sędziego – nie postanawia decydować o bezprawności, winie podejrzanego. Nie ma to w przypadku zastosowania abolicji indywidualnej znaczenia, bowiem do czasu zakończenia postępowania może być ona zastosowana zarówno w stosunku do osób, którym można przypisać winę, bezprawność czynu, jak również i takich, co do których te przesłanki w trakcie postępowania zostałyby wyłączone (z oczywistych względów, bowiem rozstrzygnięcie sądu co do odpowiedzialności jeszcze nie nastąpiło). Skoro zatem Prezydent swoim aktem nie decyduje o wspomnianych elementach odpowiedzialności karnej, trudno stwierdzić, iż swoim działaniem wkracza w działanie władzy sądowniczej. Mówiąc inaczej – Prezydent nie wkracza w sprawowanie wymiaru sprawiedliwości, lecz w konsekwencje jego sprawowania. Prawo łaski zatem zawsze jest ingerencją w wymierzaną sprawiedliwość (czy będzie polegało na stosowaniu łaski jako abolicji indywidualnej, czy też nie), lecz nigdy nie jest ingerencją w sprawowanie wymiaru sprawiedliwości, kompetencje władzy sądowniczej.

5.

W dalszej części uchwały Sąd Najwyższy słusznie wskazuje, iż w doktrynie panuje obecnie spór co do tego, czy prawo łaski można stosować w formie abolicji indywidualnej⁶, przy okazji wskazując, iż płaszczyzn sporu co do omawianej prerogatywy Prezydenta RP jest więcej (np. czy prawo łaski można stosować w stosunku

⁵ P. Sarnecki, *op.cit.*, s. 2.

⁶ Stanowisko przyjmujące możliwość stosowania prawa łaski jedynie w stosunku do osób skazanych wyrokiem prawomocnym przyjmuje m.in. Wiesław Skrzydło; W. Skrzydło *Komentarz do art. 139 Konstytucji* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013; por. także P. Sarnecki, *op.cit.*; K. Kozłowski, *Komentarz do art. 139 Konstytucji* [w:] *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz. Art. 87–243*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 685; W. Sokalewicz, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, tom V*, Warszawa 2007. Pogląd odmienny, dopuszczający stosowanie prawa łaski wobec osoby, w stosunku do której nie zapadło jeszcze prawomocne orzeczenie prezentuje m.in. K. Kaczmarczyk-Kłak; por. K. Kaczmarczyk-Kłak, *Postępowanie ulaskawieniowe w świetle Konstytucji RP ja tle porównawczym*, *Ius novum* 4/2011, s. 38; por. także B. Baran, *Prawo łaski w polskim systemie prawnym na tle powszechnym*, Sosnowiec 2011, s. 310. Zastosowania prawa łaski

do środków zabezpieczających). Warto nadmienić, iż brak jest jednoznacznego stanowiska w doktrynie również co do skutków zastosowania prawa łaski jeśli chodzi o zatarcie skazania⁷. Następnie Sąd Najwyższy przytoczył kolejne argumenty wskazywane tak przez zwolenników, jak i przeciwników możliwości stosowania prawa łaski w formie abolicji indywidualnej, odnosząc się do nich w celu uargumentowania stanowiska przyjętego w sentencji.

6.

Pierwszym jest argument historyczny. Zwolennicy objęcia zakresem prawa łaski abolicji indywidualnej znajdują we wnioskach wykładni historycznej wsparcie dla swoich poglądów. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu stoi zaś na stanowisku, iż wykładnia historyczna nie uzasadnia stosowania prawa łaski w formie abolicji indywidualnej. Zdecydowanie należy w tym przypadku opowiedzieć się za zapatrywaniem składu podejmującego uchwałę w niniejszej sprawie. Nie ulega wątpliwości, iż prawo łaski było związane z polską państwowością praktycznie od samego początku i od czasu uchwalenia pierwszej polskiej konstytucji konsekwentnie znajdowało swoje miejsce w aktach najwyższego rzędu. W formie krótkiego przypomnienia zaznaczmy, iż specyficznie ukształtowane prawo łaski przewidywała już Konstytucja 3 maja⁸. Od czasu pierwszej polskiej konstytucji prawo łaski wpisane było we wszystkie obowiązujące na ziemiach polskich konstytucje. Podstawowym powodem, dla którego wykładnia historyczna nie jest dobrym narzędziem interpretacji tej prerogatywy jest fakt, iż na przestrzeni lat prawo łaski było w różny sposób ukształtowane w poszczególnych obowiązujących na ziemiach polskich ustawach zasadniczych. Celem zobrazowania wskażmy, podobnie jak czyni to Sąd Najwyższy w glosowanej uchwale, iż Konstytucja z dnia 17 marca 1921 r. w art. 47 statuującym prawo łaski stanowiła: „Prawo darowania i złagodzenia kary, oraz darowania skutków zasądzenia karno-skarbowego w poszczególnych przypadkach – przysługuje Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej. Prezydent nie może stosować tego prawa do ministrów, zasądzonych na skutek postawienia ich w stan oskarżenia przez Sejm. Amnestja może być udzielona tylko w drodze ustawodawczej”⁹. Treść Konstytucji wskazywała zatem, iż prawo łaski może polegać na całkowitym lub częściowym darowaniu kary. Jednocześnie przepis wyłączał możliwość zastosowania prawa łaski wobec ministrów postawionych w stan oskarżenia przez Sejm. Konstytucja kwietniowa z dnia 23 kwietnia 1935 r. ujmowała prawo łaski w sposób odmienny, wskazując w art. 69, iż „Prezydent Rzeczypospolitej

w stosunku do osoby skazanej wyrokiem nieprawomocnym nie wykluczył również jednoznacznie Stanisław Waltoś; por. *Proces karny...*, s. 586.

⁷ Pogląd wskazujący, iż zastosowanie prawa łaski nie może odnosić się do zatarcia skazania, które następuje zgodnie z regułami ustawowymi i zastosowanie prawa łaski nie może odnosić się do zatarcia skazania prezentuje P. Sarnecki; P. Sarnecki, *op.cit.*, s. 2. Pogląd odmienny, a zatem wskazujący, iż Prezydent stosując prawo łaski może również wskazać, iż jego skutki będą odnosiły się także do zatarcia skazania wskazuje K. Kozłowski; K. Kozłowski, *Komentarz...*, s. 685.

⁸ K. Kozłowski, *Prawo łaski Prezydenta RP. Historia. Regulacja. Praktyka*, Warszawa 2013, s. 87.

⁹ Ustawa z dnia 17 marca 1921 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 1921, Nr 44, poz. 267).

władny jest aktem łaski darować lub złagodzić skazanemu karę, wymierzoną orzeczeniem prawomocnem, tudzież uchylić skutki skazania. Amnestja wymaga aktu ustawodawczego”¹⁰. Ponownie zatem przepis wprowadzał możliwość zwolnienia z całości lub części kary, jednocześnie wskazując wprost, iż akt łaski może być stosowany jedynie w odniesieniu do prawomocnych orzeczeń. Gwoli porównania zauważmy, jak kształtowało się unormowanie prawa łaski w konstytucjach powojennych. W treści Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, art. 30 ust. 1 pkt 11 (w brzmieniu tekstu jednolitego z 1976 r.) stwierdzał, iż „Rada Państwa stosuje prawo łaski”¹¹. Jednocześnie brak było dodatkowych unormowań określających sposób korzystania z prawa łaski. Podobnie prawo łaski zostało unormowane w tekście obecnie obowiązującej Konstytucji. Art. 139 stwierdza bowiem: „Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej stosuje prawo łaski. Prawa łaski nie stosuje się do osób skazanych przez Trybunał Stanu”¹². Widać zatem różnicę w normowaniu prawa łaski na przestrzeni lat na gruncie różnych tekstów konstytucji.

Podkreślić należy również to, na co uwagę zwraca Sąd Najwyższy, iż poszczególne konstytucje wprowadzały odmienne rozwiązania ustrojowe oraz odmienne kształtowały ustrój organów państwa. Z tego powodu porównanie tekstów obowiązujących na obszarze Rzeczypospolitej konstytucji musi zostać uznane za nietrafny argument przy interpretacji, czy prawo łaski może być stosowane w formie abolicji indywidualnej. Na marginesie warto zauważyć, iż o ile konstytucje przedwojenne zawarły w swej treści wymóg prawomocnego skazania w stosunku do osób, które mogły ubiegać się o prawo łaski, o tyle konstytucje powojenne z określenia tego w swojej treści zrezygnowały.

7.

Ponadto należy zwrócić uwagę na wskazany przez Sąd Najwyższy argument dotychczasowej utrwalonej praktyki stosowania prawa łaski. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy stwierdził bowiem, iż „Przez 95 lat obowiązywania polskich konstytucji prawo łaski było generalnie rozumiane jako indywidualny akt głowy państwa, który winien mieć zastosowanie tylko wobec osoby prawomocnie skazanej”¹³. Sąd Najwyższy opierając się na dotychczasowej praktyce, wskazywał na istnienie „swoistego zwyczaju konstytucyjnego”, w zakresie odczytywania treści prawa łaski. Wskazany argument należy ocenić jako oczywiście nietrafny. Jak wskazuje na wcześniejszych stronach uzasadnienia skład orzekający, nie można porównywać bezpośrednio obowiązywania prawa

¹⁰ Ustawa Konstytucyjna z dnia 23 kwietnia 1935 r. (Dz.U. z 1935, Nr 30, poz. 227).

¹¹ Obwieszczenie Przewodniczącego Rady Państwa z dnia 16 lutego 1976 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej uchwalonej przez Sejm Ustawodawczy w dniu 22 lipca 1952 r. (Dz.U. z 1976, Nr 7, poz. 36).

¹² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483).

¹³ Z uzasadnienia uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 31 maja 2017 r., I KZP 4/17.

łaski na gruncie poszczególnych obowiązujących w Rzeczypospolitej konstytucji, bowiem należy uwzględnić cały kontekst normatywny oraz ustrojowy. Argument ten winien przyświecać Sądowi Najwyższemu przy ocenie argumentu praktyki dotychczasowego stosowania prawa łaski. Przede wszystkim należy stwierdzić, iż poszczególne konstytucje odmiennie regulowały urząd Rzeczypospolitej, zatem na gruncie ich obowiązywania było różne podejście do instytucji prawa łaski. Ponadto należy zauważyć, iż Konstytucja kwietniowa wprost stanowiła, iż prawo łaski może być stosowane jedynie w stosunku do osób skazanych prawomocnym wyrokiem. Trudno zatem odwoływać się w odniesieniu do okresu obowiązywania tej konstytucji do argumentu utrwalonej praktyki, bowiem inna nie była możliwa. Mówiąc o utrwalonej praktyce stosowania prawa łaski należy zatem ograniczyć się do okresu obowiązywania obecnej Konstytucji.

Warto jednakowoż zauważyć, iż argument ten nie ma specjalnej mocy przesądzającej na korzyść stosowania prawa łaski jedynie w stosunku do osób skazanych wyrokiem prawomocnym. Fakt, iż przez prawie dwadzieścia lat prawo łaski było stosowane tylko w stosunku do osób skazanych wyrokiem prawomocnym, jest niepodważalny. Jednak dnia 16 listopada 2015 r. Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej po raz pierwszy zastosował prawo łaski wobec osoby skazanej wyrokiem nieprawomocnym. Można idąc dalej stwierdzić, iż gdyby od tamtego czasu Prezydent zaczął stosować prawo łaski również w stosunku do osób skazanych wyrokiem nieprawomocnym, utrwaliłby w ten sposób nową praktykę. Pokazuje to jak niewielka jest wartość merytoryczna omawianego argumentu.

8.

Ponadto często wskazywanym argumentem, przytoczonym także w uzasadnieniu, jest dotychczasowa linia orzecznicza polskich sądów w zakresie prawa łaski. Należy jednak zauważyć, iż orzeczeń w omawianej kwestii jest niewiele oraz iż poruszają one co do zasady odmienne kwestie (zastosowanie prawa łaski gdy doszło już do zatarcia skazania, rozstrzygnięcie o konstytucyjności przepisów kodeksu postępowania karnego w zakresie opiniowania prośby o łaskę – podmiot skarżący twierdził, iż fakt, że do rozpoznania dochodzi na posiedzeniu niejawnym narusza prawo do obrony), wspominając jedynie pobocznie o możliwości lub też braku możliwości zastosowania prawa łaski, gdy nie doszło do prawomocnego skazania, iż nie sposób opierać na tym argumentie rozstrzygnięcia problemu¹⁴.

9.

Jeden z kluczowych argumentów, któremu Sąd Najwyższy poświęca w uzasadnieniu wiele uwagi, jest oparty na interpretowaniu art. 139 zd. 1 w świetle zdania drugiego. Sąd

¹⁴ Por. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 kwietnia 2016 r., III KO 16/16, OSNKW 2016/8/52; por. także postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 września 2006 r., Ts 47/06, OTK-B 2007/1/39.

Najwyższy wskazuje bowiem, iż zdanie drugie, jako wyjątek od zasady, wyrażać musi tę samą myśl, która *implicite* zawarta jest w zdaniu pierwszym art. 139 Konstytucji RP. Należy jednakże zauważyć, iż pogląd o interpretowaniu zdania pierwszego omawianego przepisu w świetle zdania drugiego jest często krytykowany. Nie powinno się tak interpretować zdania pierwszego art. 139 Konstytucji w świetle zdania drugiego tego samego artykułu, jak również nie powinno się interpretować zdania drugiego art. 139 Konstytucji w świetle zdania pierwszego omawianego przepisu. Całą treść omawianego artykułu powinno się interpretować łącznie¹⁵.

10.

Istotnym argumentem w uzasadnieniu Sądu Najwyższego jest odniesienie prawa łaski w formie abolicji indywidualnej do zawartej w art. 42 ust. 3 Konstytucji zasady domniemania niewinności oraz zawartego w art. 45 Konstytucji prawa do sądu. W pierwszej kolejności warto odnieść się do prawa do sądu. Sąd Najwyższy słusznie wskazał, co składa się na prawo do sądu, wymieniając m.in. prawo dostępu do sądu, prawo do wyroku sądowego, tj. prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia danej sprawy przez sąd oraz prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawy. *Prima facie* wydawać by się mogło, iż argument oparty na prawie do sądu może nie zostać uwzględniony w przypadku zastosowania prawa łaski w formie abolicji indywidualnej. Jeśli bowiem oskarżony nie chce się odwoływać od wyroku, to nie można go do tego zmusić. Ten śmiały, słuszny z punktu widzenia oskarżonego wniosek, wymaga jednakowoż zrewidowania z punktu widzenia pokrzywdzonego. Należy pamiętać, iż o ile trudno mówić o naruszeniu praw oskarżonego jeśli w stosunku do niego zastosowane zostanie prawo łaski w formie abolicji indywidualnej (jego sytuacja nie ulega pogorszeniu), to prawo do sądu działa również w stosunku do pokrzywdzonego, który przecież ma prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia sądu w swojej sprawie i uzyskania potwierdzenia naruszenia swoich praw przez oskarżonego. Dziwić jednakowoż musi fakt, iż na sytuację pokrzywdzonego uwaga składu orzekającego zwrócona jest dopiero w dalszej kolejności, niejako na końcu tej części uzasadnienia.

Z tym problemem nie mamy już do czynienia w przypadku unormowanego w art. 42 ust. 3 Konstytucji domniemaniem niewinności. Należy oczywiście zważyć na fakt, iż jest to instytucja wpisana w treść Konstytucji i wiąże ona organy państwa. Jednakże należy zauważyć, iż stwierdzenie, że nie można ułaskawić osoby formalnie niewinnej zasadza się na przyjęciu niemożności stosowania abolicji indywidualnej. Mówiąc inaczej – tylko przyjęcie założenia, że nie należy ułaskawiać osoby niewinnej prowadzi do wywiedzenia wniosku, iż prawo łaski nie może być stosowane w formie abolicji indywidualnej. Z istoty prawa łaski takie założenie w sposób oczywisty nie wynika. Argumenty przeciwników stosowania prawa łaski w formie abolicji indywidualnej

¹⁵ A. Duda, A. Waglorz, *Zakres przedmiotowy prawa łaski z art. 139 Konstytucji (o niedopuszczalności stosowania abolicji indywidualnej)* [w:] *Czasopismo prawa karnego i nauk penalnych* 2016, rok XX, z. 1, s. 55.

wskazują, iż w ten sposób nie dopuszcza się do oczyszczenia się oskarżonego z zarzutów. Należy jednak zważyć na fakt, iż autorami wniosków o zastosowanie prawa łaski w przytłaczającej większości są skazani. Należy stwierdzić, iż w przypadku gdy oskarżony występując o zastosowanie w stosunku do swojej osoby prawa łaski, zamyka sobie jednocześnie drogę do oczyszczenia przed sądem, należałoby stwierdzić, iż dokonuje on wolnej decyzji, zatem nie możemy mówić o pogorszeniu jego sytuacji, bowiem jak głosi łacińska paremia: *volenti non fit iniuria*.

11.

W dalszej części uzasadnienia Sąd Najwyższy wskazuje na spójność wertykalną w systemie prawa przemawiającą za stosowaniem prawa łaski w stosunku do osób skazanych prawomocnym wyrokiem. Skład orzekający wskazuje, iż procedura ułaskawienia przewidziana jest w rozdz. 59 k.p.k., w którym tekst ustawy posługuje się pojęciem skazanego, a nie osoby oskarżonej. Ponadto Sąd Najwyższy zwraca uwagę na fakt, iż rozdz. 59 k.p.k. usytuowany jest w dziale XII Kodeksu postępowania karnego, zatytułowanym „Postępowanie po uprawomocnieniu się orzeczenia”¹⁶. Argument oparty na systematyce Kodeksu oraz treści przepisów zawartych w rozdz. 59 k.p.k. ma zdaniem Sądu Najwyższego potwierdzać tezę, iż zastosowanie prawa łaski możliwe jest jedynie w stosunku do osób skazanych prawomocnym wyrokiem sądu. Odnosząc się do wyżej wymienionych twierdzeń należy punktem wyjścia rozważań uczynić art. 8 Konstytucji. Stanowi on, iż „Konstytucja jest najwyższym prawem Rzeczypospolitej”, a w ust. 2, iż „Przepisy Konstytucji stosuje się bezpośrednio, chyba że Konstytucja stanowi inaczej”. Zauważmy na samym początku, iż Konstytucja w treści art. 139 nie stanowi o konieczności wydania ustawy do stosowania przez Prezydenta RP prawa łaski. W związku z tym warto również zastanowić się nad relacją przepisów ustawy do art. 139 Konstytucji. Należy stwierdzić, iż powoływanie się w interpretacji prerogatywy prawa łaski na przepisy Kodeksu postępowania karnego jest niezasadne. Przyjęcie takiego sposobu argumentacji stoi bowiem w sprzeczności z wyrażoną w art. 8 Konstytucji, a przytoczoną wyżej zasadą nadrzędności Konstytucji. Konstytucja nie stanowi o jakichkolwiek ograniczeniach ustawowych w stosowaniu prawa łaski, w związku z tym ograniczanie zakresu jej obowiązywania w drodze ustawy należy uznać za sprzeczne z zasadą nadrzędności Konstytucji. Zasadnym w tym momencie jest zatem pojawienie się pytania o sens regulacji rozdz. 59 k.p.k., jednak rozważania te pozostają na marginesie głosowanej uchwały¹⁷.

¹⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1997, Nr 89, poz. 555).

¹⁷ Sytuacja w tym miejscu zaprezentowana podobna jest do sytuacji stosowania prawa łaski, z którą mieliśmy do czynienia pod rządami Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Konstytucja ta nie stwierdzała ani o tym, w jaki sposób prawo łaski ma być stosowane, ani kiedy należy obowiązkowo rozpatrzyć, czy nie powinna zostać udzielona łaska. Nie przeszkodziło to jednak wprowadzić obligatoryjnego występowania o prawo łaski w stosunku do skazanych na karę śmierci. Obowiązek ten był nałożony w Kodeksie karnym wykonawczym. W artykule 109 § 1 ustawa ta przewidywała wstrzymanie się z wykonaniem kary śmierci, aż do „nadejścia zawiadomienia, że Rada Państwa nie skorzystała z prawa łaski”. Po uprawomocnieniu się wyroku skazującego na karę śmierci, a przed jego

12.

Ponadto należy po krótkce odnieść się do punktu drugiego sentencji uchwały. W punkcie tym Sąd Najwyższy wskazał, iż zastosowanie prawa łaski przed datą prawomocności wyroku nie wywołuje skutków procesowych. Jednocześnie wskazując na takie stanowisko nie przedstawił przekonujących argumentów przemawiających za takim rozstrzygnięciem. Stanowisko to należy w sposób oczywisty uznać za niezasadne. W doktrynie prawa konstytucyjnego panuje zgoda co do trwałości wydanych przez Prezydenta aktów dotyczących jego prerogatyw, w tym aktów łaski. Jest ona na tyle silna, że nie mogą one zostać odwołane nawet w sytuacji, gdy ich uzyskanie jest wynikiem przestępstwa lub wprowadzenia głowy państwa w błąd¹⁸. Stanowisko to jest również podtrzymywane w orzecznictwie, gdzie wskazuje się, iż pozostałe organy władzy zobowiązane są do wykonania prezydenckiej decyzji przy jednoczesnym zakazie ingerencji w jego treść i skutki¹⁹.

13.

Podsumowując należy zaznaczyć, iż skład orzekający Sądu Najwyższego w treści uzasadnienia podał pewne argumenty, z którymi nie sposób się nie zgodzić, jednak ostatecznie podjął decyzję ze wszelkich miar kontrowersyjną. Aby odpowiedzieć na pytanie przedstawione do rozstrzygnięcia można posłużyć się różnymi dyrektywami wykładni oraz wieloma instrumentami. Należy jednak zauważyć, iż żadna z zastosowanych reguł wykładni nie przesądza wprost o niemożliwości zastosowania prawa łaski w formie abolicji indywidualnej. Z powyższego względu Sąd Najwyższy powinien zająć odmienne stanowisko niż to, które zostało zaprezentowane w głosowanej uchwale.

wykonaniem, należało zatem przedstawić Radzie Państwa akta postępowania oraz poczekać na podjęcie decyzji w sprawie skorzystania z prawa łaski albo też odmowy skorzystania z niej. W ten sposób Rada Państwa została zobligowana do każdorazowego rozstrzygania czy udzielić łaski, czy też nie, w przypadku każdej osoby skazanej na karę śmierci. Obowiązek formalnie obciążający dyrekcję zakładu karnego faktycznie był obowiązkiem nałożonym na Radę Państwa, jednak nie wprost przez Konstytucję, a niejako tylnymi drzwiami, przez ustawę. Niejako sytuacja ta może być oceniana podobnie – formalnie treść Konstytucji nie stanowi czy prawo łaski można stosować do osób skazanych wyrokiem nieprawomocnym, czy też nie, jednak Sąd Najwyższy w głosowanej uchwale przytacza jako jeden z argumentów przepisy Kodeksu postępowania karnego, które przecież formalnie Prezydenta przy korzystaniu z uprawnienia stosowania łaski nie wiążą.

¹⁸ K. Kozłowski, *Prawo...* s. 213–223; por. także K. Kozłowski, *Komentarz...*, s. 684.

¹⁹ Por. Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 14 grudnia 2005 r., II AKz w 808/05, KZS 2005, Nr 12, poz. 35 oraz Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 1963 r., N 20/63, OSNKW 1964, Nr 2, poz. 24.

* * *

Comment on the Judgement of 7 Judges of the Polish Supreme Court of 31 May 2017, I KZP 4/17

Although pardon in the Polish legal system has a well-established position, the brevity of legal regulation in this aspect cause many disputes. The major, but not the only one, axis of dispute is the moment, when the President can grant a pardon. To solve this dispute, the Polish Supreme Court undertook the resolution that states the President can grant pardon only to people sentenced by unappealable judgements. The second dispute was to decide whether the act of pardon is valid if it was taken before an unappealable judgement. The main decision of the Polish Supreme Court in this resolution must be criticised, although we can point at some important and acceptable arguments raised in this resolution.

Key words: President, pardon, constitution, Polish Supreme Court, criminal lawsuit

Gabriela Lenarczyk¹

Compensation of Non-Pecuniary Loss of Close Relatives: a Comparative Study on Some European Union Member Countries' and Swiss Legislation and Practices

Abstract:

This publication aims to briefly compare the legal regulations on non-pecuniary loss of close relatives of the following countries: Czech Republic, Denmark, England and Wales, France, Germany, Greece, Hungary, Ireland, Northern Ireland, Poland, Portugal, Spain, Sweden and Switzerland, creating a compendium of information on the perception of non-pecuniary damage, entitled persons, legal recourses available as well as the amounts typically awarded. The article features insight on domestic procedures and practices provided by the members of the Pan-European Organisation of Personal Injury Lawyers, including their estimates of legal proceedings' lengths and settlement frequency levels. Conclusions are drawn as to the current Polish legislation compared to other European countries. The author offers *de lege ferenda* remarks in light of the Ministry of Justice's works on article 446 § 4 of the Polish Civil Code.

Key words: bereavement damages, redress, indirectly injured parties, non-pecuniary loss, non-material damage

1. Introduction

The institution of an indirectly injured party is invaluable for those close to a victim of an accident. Where there is a special reliance between the deceased or permanently injured and the party, or a certain proximity of some kind, tort laws often allow

¹ The author is a 5th year student of the Faculty of Law and Administration of Jagiellonian University in Cracow, London School of Economics General Course graduate and an active member of PEOPIL (Pan-European Organisation of Personal Injury Lawyers).

compensation claims. Those non-pecuniary losses are referred to as bereavement damages, and the term **indirectly injured party** is mostly applied to the victim's close relatives. In case of some countries, a primary prerequisite for a claim is the direct victim's death², although most of the time, it is possible to seek damages even in the event of a serious personal injury.

Polish law allows compensation for the death of a close person in cases expressly provided by the statute. Article 446 of the Polish Civil Code provides the right to: a reimbursement of medical treatment and funeral expenses in § 1, a pension that may be claimed by persons whom the deceased was obliged to maintain in § 2, and an adequate compensation to the closest family members where in the result of a death their life situation has significantly deteriorated in § 3.

Pecuniary damage, an institution often elusive and difficult to calculate, creates a scope too narrow. Deteriorated living standards are not the sole negative consequence of the death of a close person, and the severity of impact on one's psyche must not be ignored. Bereavement damages seek to alleviate mental suffering after the loss, which manifests itself both in the entitled person's mental and emotional sphere. Having recognised this, the legislator has introduced a new institution to the Polish legal system in the Act amending the Civil Code and other statutes of 30th May 2008³. This regulation has been in force since the 3rd August 2008, and from there on out it has become possible to claim compensation for non-pecuniary damage, namely – redress for damage awarded due to the death of a close relative. Prior to that, the courts would somewhat fill the legislation gap by *de facto* including these damages within the redress awarded under article 446 § 3 of the Polish Civil Code⁴.

The process of pursuing bereavement damages varies across Europe, as compensation can be granted in an agreement (without a judge being involved) or in court proceedings. This article aims to briefly compare the legal regulations on this matter of the following countries: Poland, Spain, Switzerland, Portugal, Czech Republic, Germany, Greece, Denmark, England and Wales, France, Hungary, Ireland, Northern Ireland and Sweden, creating a compendium of information on the perception of non-pecuniary damage, entitled persons, legal recourses available as well as the amounts awarded.

This article features invaluable insight on domestic procedures and practices provided by the members of PEOPIL (Pan-European Organisation of Personal Injury Lawyers)⁵, pursuant to a request by the Dutch Ministry of Justice, where a bill

² W.V.H. Rogers, *Comparative report of a project carried out by the European centre for tort and insurance law* [in:] *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective. Tort and insurance law*, Vol. 2, ed. W.V.H. Rogers, Wien 2001.

³ The Act amending the Civil Code and other statutes, as of 30th May 2008 (Journal of Laws No. 116, section 731).

⁴ For example: in a judgement of 24th October 2007, IV CSK 192/07, the Supreme Court found that non-pecuniary losses incurred by the victim's parent, specifically the deterioration of health as a result of severe psychological shock, are subject to compensation under article 446 § 3 of the Civil Code.

⁵ The Pan-European Organisation of Personal Injury Lawyers was founded in 1996 and has since been improving and promoting judicial co-operation and mutual knowledge of legal and judicial systems of European jurisdictions in the field of personal injury law.

on non-pecuniary damage for close relatives is currently being prepared: António da Costa Basto (Portugal), Martin Hablützel (Switzerland), Anna Romero Porro (Spain), Marie Cilínková (Czech Republic), Kira Kolby Christensen (Denmark), Philip Banks (England and Wales), Chloé Lecompte (France), Wolfgang Frese (Germany), Silina Pavlakis (Greece), Dr. Pataky Tibor (Hungary), Liam Moloney (Ireland), Oonagh McClure (Northern Ireland) and Joacim Jaderstrom (Sweden). All of the estimates of legal proceedings' lengths or settlement frequency levels not accounted for otherwise originate from personal experience of these attorneys.

2. Czech Republic

2.1. Non-material damage

Czech law, acknowledging damage to the non-material sphere of the victims, regulates the issue in The Civil Code:

§ 2959. Where death or particularly serious harm to health is caused, the wrongdoer shall redress any mental suffering of the spouse, parent, or child of the injured party or other person close to him or her by means of a monetary sum fully compensating their suffering. If the amount of compensation cannot be determined in this way, it shall be determined in accordance with the principles of equity⁶.

2.2. Scope of persons entitled and amounts rewarded

Following a recent decision of the Supreme Court of the Czech Republic, there was a stabilisation of the amounts of compensation. Currently, in the case of the closest relatives – defined as the spouse, children, parents – the compensation amounts to ~9 230–26 920 €. The specific amount depends, in particular, on the intensity of a relationship. Compensation for distant relatives is respectively lower.

2.3. Procedure

Vast majority of claims is settled in out-of-court negotiations, although in these the amount of compensation is lower than if granted in court. Furthermore, it is not uncommon for lower-level courts to award compensation higher than the abovementioned maximum amount (in some cases even up to 38 460 €). Such decisions have nevertheless not yet been confirmed by the Supreme Court.

3. Denmark

3.1. Non-pecuniary loss

It is not common for Danish courts to reward non-pecuniary losses, when it happens, it does by a way of exception, specifically if the death of the relative occurred

⁶ Translation by J. Hradek, A.J. Bell [in:] *The New Czech Civil Code and Compensation for Damage: Introductory Remarks*, JETL 2016, p. 308.

in a manner that is experienced by the relatives as materially infringing (for example in cases of death after rape or violence). The *Erstatningensvarsloven* (Danish Liability Act)⁷ regulates four different types of non-pecuniary loss, including redress for psychological pain and suffering of the person closely related to a victim of a tortious act.

3.2. Scope of persons entitled

It is only the closest family members who can receive compensation, specifically the mother, father, children and siblings. This scope is further narrowed down to the family members who have been living together with the deceased, or at least were close in other ways, if not practically living together. Therefore, a child who has moved away from home, would typically not be entitled to compensation.

3.3. Amounts awarded

Determining the amount of compensation is left to the courts discretion and in practice averages at about 7 000 €.

4. England and Wales

4.1. Bereavement damages

In fatal accidents claims, damages for bereavement can be awarded under the Fatal Accidents Act 1976 in a form of a lump sum, a one-off payment divided among the beneficiaries.

4.2. Scope of persons entitled

Bereavement damages can be awarded to the spouse of the deceased and, where the deceased was a child who had never married, to the parents – if the deceased was legitimate – or to their mother if they were illegitimate. In a recent case *Jacqueline Smith v Lancashire Teaching Hospitals NHS Foundation Trust & Others*⁸, the Court of Appeal has ruled that bereavement damages can now also be awarded to unmarried couples, although this declaration does not itself change the law, and there is a need of corrective action by the government.

4.3. Amounts awarded

The level of damages is fixed by statutory provision, currently at £ 12 980⁹ (~14 500 €) – thus very insignificant in comparison with compensations of the economic loss typically awarded. It may only be amended by a statutory instrument.

⁷ Act no 885 of 20th September 2005 on Tort Liability.

⁸ [2017] EWCA Civ 1916.

⁹ Fatal Accidents Act 1976 section 1A(3) as amended by The Damages for Bereavement (Variation of Sum) (England and Wales) Order 2013 (S.I. 2013/510).

5. France

5.1. Non-pecuniary damages

Under French law, different components of the damages are categorised according to a listing entitled “Dintilhac”. In the event of the death of the direct victim, non-pecuniary compensation for indirect victims is specified as a damage for supporting the direct victim (from the date of injury until death) and loss of affection (with or without post-traumatic damage). There is, however, no *numerus clausus* regarding what the courts understand as a damage. Any damage could be alleged by the victim, and if it is proved, the Court may award them after a discretionary assessment of facts presented. For every damage sought, the burden of proof is on the claimant, whether it appears on the “Dintilhac” list or not. The only admitted exception is the “loss of affection”, for which the compensation is granted solely on the basis of presented proof of relationship (i.e. marriage certificate, birth certificate etc.).

5.2. The scope of persons entitled and the amounts awarded

| Head of prejudice | Concept | Comment | Compensation awarded |
|---|--|--|--|
| DIRECT VICTIMS (HEIRS) | | | |
| Préjudice d'an-goisse de mort imminente | Pre-death pain and suffering – in relation with the awareness of their own death | Special case of the plane crash Yemenia – Aix-en- Provence Court 19 th February 2015 – confirmed by Aix-en-Provence Court of Appeal, 30 th June 2016 | 50 000 € |
| INDIRECT VICTIMS | | | |
| Préjudice d'affection | compensation of the loss of a relative | General practice of the French jurisdiction – depending on the nature of the relationship between the deceased victim and the claimant. Claimants: | depending on the nature of the relationship between the deceased victim and the claimant |

| Head of prejudice | Concept | Comment | Compensation awarded |
|-------------------|---------|--|---|
| | | Mother / father | 20 000 to 30 000 € |
| | | Children living with parents | 25 000 to 30 000 € |
| | | Orphans | + 40 to 60% |
| | | Grown-up living with parents | 15 000 to 25 000 € |
| | | Grown-up living outside | 11 000 to 15 000 € |
| | | Spouse / husband / partner | 20 000 to 30 000 € depending on the length of living together |
| | | Sisters / brothers living together | 9 000 to 14 000 € |
| | | Sister / brother not living together | 6 000 to 9 000 € |
| | | Grandparents with frequent relationships | 11 000 to 14 000 € |
| | | Grandparents without justification of frequent relationships | 7 000 to 10 000 € |
| | | Grand children with frequent relationships | 6 000 to 10 000 € |
| | | Grand children without justification of frequent relationships | 3 000 to 7 000 € |

| Head of prejudice | Concept | Comment | Compensation awarded |
|-------------------|---------|--|--|
| | | Other relatives justifying frequent relationships with the victim | rarely exceeding 3 000 € |
| | | Special case of the plane Crash Yemenia – Aix-en-Provence Court 19 th February 2015 – confirmed by Aix-en-Provence Court of Appeal, 30 th June 2016. Claimants with special consideration of the family structures in the Comorian society | depending on the nature of the relationship between the deceased victim and the claimant |
| | | Wife / husband / partner / mother / father | 50 000 € |
| | | Sister / brother | 30 000 € |
| | | Grandparent / grandchild | 20 000 € |
| | | other relative with justification of relationship | 10 000 € |

| Head of prejudice | Concept | Comment | Compensation awarded |
|----------------------------------|--|---|-------------------------|
| Préjudice d'attente et d'anxiété | in relation with the length of the period of uncertainty of the death of their relatives, keeping hope | Special case of plane Crash Yemenia – Aix-en-Provence Court 19 th February 2015 – confirmed by Aix-en-Provence Court of Appeal, 30 th June 2016 | 10 000 € |
| Préjudice psychique | stress disorder, depressive condition due to sudden death | It has to be medically stated – in most of the cases, a judicial expertise is asked | depending on the proofs |

Source: courtesy of Chloé Lecompte

6. Germany

The public debate on the need to introduce bereavement damages into German law sparked after an Airbus operated by the German airline Germanwings crashed in 2015¹⁰. The German government has by then already declared its intention to introduce this type of damages into German law, nevertheless a tragic death of 150 passengers and crew members certainly was an accelerating factor in the process. In the summer of 2017, a paragraph § 844 sec. 3 of the German Civil Code came into force. It states:

The liable party has to pay reasonable bereavement damages to a bereaved person having a close relationship to the killed victim. A close relationship is presumed, if the bereaved one is the spouse, living partner, parent or child of the deceased.

The legislation concerning bereavement damages is very recent, therefore there is no information yet on the awards granted or the procedure in which the claim can be sought. The parliament expects average awards of about 10 000 € per claim¹¹.

¹⁰ T.K. Graziano, *Comparative Tort Law. Cases, Materials, and Exercises*, Routledge, 2018.

¹¹ BT-Drs 18/11397, pa. 10.

7. Greece

7.1. Reparation for Moral Prejudice

Bereavement damages are regulated in Article 932 of the Greek Civil Code on Torts. It states:

In case of an unlawful act, independently of the compensation for the pecuniary prejudice, the court may award a reasonable, according to the Court's discretion, reparation for moral damages. This shall apply especially with regards to someone who suffered harm in his health, honour or purity or was deprived of his liberty. In case of death of a person this compensation may be awarded to the family of the victim for their moral suffering.

The Article specifies that equitable financial compensation for non-material damage suffered is owed in cases of a delict. This claim exists individually, regardless of the existence of economic loss¹².

7.2. Scope of persons entitled

"Family" in the abovementioned paragraph, is understood as close relatives: spouse (even spouses living separately¹³), children (both adults and minors), ascendants and siblings. In most cases, parents-in-law are also recognised as entitled persons, if it has been proved that their relationship with the primary victim was close¹⁴.

7.3. Amounts rewarded

The judge has a complete discretion in this regard. They take into consideration various factors of a specific case, including: circumstances of death, the gravity of torturous behaviour of the liable person, the grief of relatives (claimants), the closeness of the relationships between primary and secondary victims as well as the victims' and tortfeasors' social and financial condition. Here are some examples of bereavement damages awards:

- a. Judgement of Council of State 4133/2011 (public fire truck accident – death of the employee) 380 000 € to each parent and 150 000 € to the brother,
- b. Judgement of Court of Appeal of Athens 3726/2006 awarded 330 000 € to each parent and 230 000 € to brother,
- c. Judgement Court of Appeal of Athens 4319/2007 awarded 200 000 € to each parent and 100 000 € to each sibling of the primary victim,
- d. Judgement of Piraeus Administrative Court of Appeal 698/2007 awarded to the mother 240 000 €, and to the sister 80 000 €,

¹² Ch. von Bar, U. Drobnič, G. Alpa, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe: A Comparative Study*, Sellier European Law Publishers, 2004.

¹³ CA Athens 5805/1991 EllDik 33 (1992) 1495.

¹⁴ CA Athens 4287/1988 EllDik 30 (1988) 1464.

- e. Judgement of Piraeus First Instance Court 2988/2008 awarded 140 000 € to the wife of labourer, 90 000 € to his minor son, 140 000 € to the father of deceased labourer.
- f. Judgement of Athens Court of Appeal 2465/2013 awarded 130 000 € to the child of deceased seafarer,
- g. Judgement of Athens First Instance Court awarded to the mother 120 000 €, to each of the two brothers 60 000 € and to the grandmother 20 000 €,
- h. Settlement concluded before the Magistrate Court of Piraeus 170/2015: bereavement damages to the wife of the victim 132 000 €.

7.4. Procedure

A typical procedure for compensation in personal injury cases in Greece starts when the Court fixes a hearing date after the lawsuit is filed. 40–50% of the cases are settled in negotiations before the judicial proceedings begin. There is always, of course, a possibility of a settlement at a later stage of the proceedings. A Magistrate Judge's approval is not necessary for the settlement to proceed (unless there is a case of labor personal injury claims, which are only valid when approved, although this does not delay the settlement procedure, as the Magistrate Judge is daily reachable and the settlements tend to be approved on the spot), and after an informal signing of the agreement, the parties withdraw from the pending judicial proceedings. The settlement may be delayed where minor's rights are involved and a permission of the Court is required – then, the permission procedure may take from 2 up to 8 months. It is not common for the settlement to be reached before the filing of a lawsuit and when it happens, it usually takes place in less serious cases.

8. Hungary

8.1. Compensation for pain and suffering

The Act V of 2013 on the Civil Code came into force on 15th March 2014 and introduced the compensation for pain and suffering (sometimes translated as restitution) instead of the non-pecuniary compensation. Section 2:52 CC states:

- (1) Any person whose rights relating to personality had been violated shall be entitled to compensation for pain and suffering for any non-material violation suffered.
- (2) As regards the conditions for the obligation of payment of compensation for pain and suffering – such as the definition of the person liable for the compensation for pain and suffering payable and the cases of exemptions – the rules on liability for damages shall apply, with the proviso that apart from the fact of the infringement no other harm has to be verified for entitlement to compensation for pain and suffering.
- (3) The court shall determine the amount of compensation for pain and suffering in one sum, taking into account the gravity of the infringement, whether it was committed on one or more occasions, the degree of responsibility, the impact of the infringement upon the aggrieved party and his environment.

Section 2:53 CC further states: “Any person who suffers any damage from the violation of his personality rights shall have the right to demand compensation from the infringer in accordance with the provisions on liability for damages resulting from unlawful actions”¹⁵.

8.2. Scope of persons entitled

The Hungarian law recognises entitlement of parents, spouses, children, siblings and civil law partners. According to the court decision BDT 2010. 2237, grandparents and grandchildren are also entitled to compensation for pain and suffering.

8.3. Amounts awarded

The amount of compensation is determined in one sum, taking into consideration factors such as the gravity of the infringement, whether it was committed once or on more occasions, the degree of responsibility as well as the impact of the infringement upon the aggrieved party and their environment. The amount varies depending on several aspects that the court may take into consideration, however an example of the compensation amount for the wife of a deceased husband is approx. 15 000 €, whereas a minor may claim between 12 000 € and 15 000€.

8.4. Procedure

An out-of-court settlement can be reached in vast majority of cases, although in these cases the scope of entitled persons may be narrower, as insurers often deny claims of grandparents and grandchildren. If a lawsuit is filed, it may take approx. 1–2 years to receive a final judicial decision.

9. Ireland

Compensation for mental distress is available under the Civil Liability Act 1961¹⁶, and the maximum award must not exceed 35 000 €. “Dependants” are the eligible persons for a “solatium”, awarded as an acknowledgement of grief. The sum can be divided, at the discretion of the courts, amongst the nearest dependants, although in most cases a settlement is reached out of court within 12 months.

10. Northern Ireland

A token payment in acknowledgment of the grief caused by death is provided as bereavement damages. It is not understood as reflective of the value of the deceased’s life nor is it considered a punishment for the negligent person who caused the death¹⁷.

¹⁵ https://tdziegler.files.wordpress.com/2014/06/civil_code.pdf, 2.07.2018, translation by Tamas Dezso Ziegler.

¹⁶ 2011 asp. 7.

¹⁷ Review of the Level of Statutory Bereavement Damages in Northern Ireland, Consultation Document, 5th October 2015, Northern Ireland Department of Justice.

Under The Damages for Bereavement (Variation of Sum) (Northern Ireland) Order 2016¹⁸, the damages are now fixed at £ 14 200 (~16 000 €). A limited category of people is eligible to claim for this sum and it includes the deceased's spouse or civil partner, or (if the deceased was under 18 and had never been married or in a civil partnership) the deceased's parents.

The claim for bereavement damages is specified in the court documents and is paid at settlement, usually consensually. If the case goes to trial, usually the head of damage is not disputed.

11. Poland

11.1. Redress for damage

A general rule of the law is that the victim is only understood as a person against whom the wrongdoers aimed their activity, therefore, damages can only be sought by those, whose damage was a direct result of a particular action. Accordingly, the beforementioned article 446 should be treated as an exception to the principle of compensatory liability¹⁹. Redress under article 446 § 4 of the Civil Code is optional (the option to award it is left solely to the discretion of the court) and should be understood as a one-time compensation.

11.2. The scope of entitled persons

The Polish law system lacks the institution of an 'indirectly injured party'. Instead, it introduces a concept of 'closest family members', although not providing a legal definition for it. As Krzysztof Pietrzykowski notes in his commentary on the article, the immediate family members of the deceased victim should not be assessed solely on the basis of formal criteria, but rather on the basis of the actually existing relationship²⁰. Thankfully, this is also the view expressed by the Supreme Court, which noted that the blood relation is only one of many important criteria that should be taken into consideration²¹. Therefore, apart from the degree of kinship, factors like marriage, adoption, fact of remaining in the same household or affinity, should also weigh in on the assessment of a 'closest family member' concept.

11.3. Procedure

The unfortunate truth is that the injured parties in Poland cannot count on their claims being settled at all – neither in pre-court proceedings, nor in post-court proceedings – regardless of how strong their case is. Instead, they are almost always forced to go

¹⁸ Amending Article 3A(2) of the Fatal Accidents (Northern Ireland) Order 1977 (S.I. 1977/1251 [N.I. 18]).

¹⁹ A. Szpunar, *Wynagrodzenie szkody wynikłej wskutek śmierci osoby bliskiej* [Compensation for the Damage Resulting from the Death of a Close Person], Bydgoszcz 2000, p. 58, 60.

²⁰ *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1–449* [The Civil Code. A Commentary on articles 1–449], ed. K. Pietrzykowski, vol. 1, C.H. Beck, 2005.

²¹ The Supreme Court judgment of 13 April 2005, IV CK 648/04, published in the Judicial Decisions of the Supreme Court – the Civil Chamber 2006/3/54.

through a full court trial, lasting approximately 3–4 years in medical negligence cases. With the defendants denying liability and thus making a settlement impossible, a court verdict is necessary. Some notable exceptions include product liability cases, which are more likely to settle.

11.4. Amounts rewarded

The amount of the redress depends on the size and intensity of the overall negative impact in the non-pecuniary sphere, and it is of a subjective and individual character.

12. Portugal

12.1. Non-pecuniary losses (*danos não patrimoniais*)

In the event of death of the primary victim, the following non-pecuniary losses are recoverable under article 496 of the Civil Code (CC): pain and suffering of the victim, loss of the right to life, pain and suffering of the victim's heirs and in case of a *de facto* union, pain and suffering of the deceased's partner and the children or other descendants. Article 496 CC states:

(1) For the assessment of compensation, regard must be had to serious non-pecuniary damage which therefore deserves the protection of the law.

(2) Where a victim dies, the right to compensation for non-pecuniary damage shall be available, jointly, to a spouse (...) and to the children or other descendants; failing the latter, to the parents or other descendants; and, finally, to the brothers and sisters or nephews and nieces representing them. (...)

(4) The amount of compensation shall be fixed equitably by the court (...); in the event of death, regard may be taken not only of non-pecuniary damage suffered by the victim but also of such damage suffered by the persons entitled to compensation by virtue of the previous paragraphs²².

Non-economic loss is to be compensated if it is “worthy of legal protection due to its severity”²³.

12.2. Scope of persons entitled and amounts rewarded

Quantum of damages is fixed on an equitable basis, therefore the amounts vary noticeably. Some more common damages can be quantified as follows:

- a.** Pain and suffering of the primary victim (before death): 5 000–7 500 €,
- b.** Loss of the right to life: 50 000–100 000 €,
- c.** Pain and suffering of the victim's heirs: 25 000–50 000 €,

²² Translation by A. Pereira, *Portugal* [in:] *European Tort Law: Basic Texts*, ed. K. Oliphant, B.C. Steininger, 2011, 204f.

²³ See as an example: STJ 18th November 1975, BolMinJus 251 (1975) 148.

- d. In case of a *de facto* union, pain and suffering of the deceased's partner and the children or other descendants: 25 000–50 000 €,

12.3. Procedure

Where the liability is not disputed, compensations are frequently granted in an agreement, without a judge being involved. Court proceedings become necessary if the liability is disputed, although there still is a possibility of reaching an agreement at the hearing's date. Unfortunately, this leads to delays in settlement.

13. Spain

13.1. Bereavement damages

Introduced on 1st January 2016, Law 35/2015²⁴ reviews the amounts of bereavement damages for victims of road traffic accidents, creating a new scale system (*Baremo Orientativo*). Although it was initially created to assist in out-of-court-settlements²⁵, these figures are now relevant to all types of accidents under the law – as a tariff scheme.

13.2. The scope of entitled persons and the amounts rewarded

The law recognises five categories of relatives entitled to damages:

- a. Widow/ widower/ cohabiting partner: the amount will depend on the length of cohabitation and the age of the deceased. Figures could vary between 50 000 € and 90 000 €, plus 1 000 € for each year of cohabitation above 15 years,
- b. Children: depending on the age of the child figures could be between 20 000 € and 90 000 € for each of them,
- c. Parents: the amount will depend on whether the victim was over 30 years old and compensation would be between 40 000 € and 70 000 € for each of them,
- d. Siblings: the amount will depend on whether the sibling is over 30 years old and compensation would be between 15 000 € and 20 000 € for each of them,
- e. Close relatives who had cohabited with the deceased for at least 5 years prior to the accident could also receive a compensation of 10 000 €.

Furthermore, the damages can be increased in the following specific circumstances such as:

- a. Disability of the prejudiced party (increase of the figures above between 25% and 75%),
- b. When there is only one prejudiced party in each category (except in the case of widow/ widower/ cohabiting partner) or one single prejudiced party including all categories (increase of 25% of the above figures),

²⁴ Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sis – tema para la valoracion de los danos y perjuicios causados a las personas en accidente de circulacion. Boletín Oficial del Estado. 2015; (228), https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10197, 7.07.2018.

²⁵ M.W. Neocleous, *Association of Personal Injury Lawyers. Europe Special Interest Group*, Personal Injury: Practice & Procedure, Psychology Press, 1997.

- c. Cohabitation with the deceased, except in the case of widow/ widower/ cohabiting partner, children and close relative (increase up to 30 000 € of the above figures),
- d. When the deceased was a single parent or an only child (increase of the figures above between 25% and 50%),
- e. When both parents die in the accident (increase of the figures above between 35% and 70%),
- f. When the deceased was pregnant (increase up to 30 000 €).

13.3. Procedure

The new Law established a procedure intuited to favour out-of-court settlements, encouraging parties to avoid litigation. A vast majority of cases tend to be concluded in negotiations between the parties, and during those, the abovementioned figures are applicable. The Law 35/2015 provides a comprehensive framework for the assessment of damages, therefore in case that the claim is not settled in two years from the date of the accident, the court will penalise insurers who fail to conclude the matter consensually. The penalty for the aforementioned is a moratory interest of 20% per year.

14. Sweden

14.1. Compensation for mental distress

In Sweden, compensation may be granted for mental distress after a fatal accident or criminal offence. There are three kinds of non-pecuniary damage: ‘pain and suffering’ (including stress or depression), ‘defect and detriment’ and ‘specific disadvantages’, regulated in the Swedish Tort Liability Act chapter 5 section 1, with section 2 of that chapter dealing with cases of death and so-called ‘shock cases’ – personal injury of those who were especially close to the victim²⁶.

14.2. Scope of persons entitled

Only the closest persons are entitled to compensation, ones that had a special and close connection to the victim. This refers primarily to the spouse, children and parents – members of the same household community as the deceased. In accordance with the preamble to the Swedish Tort Liability Act, it is possible that other people, in rare cases, may be eligible for compensation. For example, the Supreme Court in its ruling from 2000 has decided that compensation may be granted to siblings who no longer live with the deceased, provided they had a relationship closer than typically expected, and in 2005²⁷ a woman who was living with the deceased in a non-martial

²⁶ B. Winiger, H. Koziol, B.A. Koch, R. Zimmermann, *Essential Cases on Damage*, Walter de Gruyter, 2012.

²⁷ NJA 2005, p. 237.

relationship and was pregnant at the time of his death, was awarded a compensation of 25 000 SEK (~2 500 €).

14.3. Amounts awarded

According to court rulings, the sums vary between 2 500 € to 7 500 € for pain and suffering.

14.4. Procedure

Most cases concerning bereavement damages are granted in an agreement with the insurance company. Where there is a dispute, typically in a road traffic accident case, the injured party may appeal the decision to the Swedish Road Traffic Injuries Commission.

15. Switzerland

15.1. Bereavement damages

Swiss law²⁸ provides for bereavement damages for relatives of victims who sustained permanent and severe injuries or died as a result of a tort. The next of kin of the deceased may not only get reparations, but moral damages will also be awarded where psychological damages were suffered.

15.2. The scope of entitled persons and the amounts awarded

In case of death, the following amounts tend to be rewarded:

- a.** Loss of a spouse: ~26 000 € – ~44 000 €²⁹,
- b.** Loss of a child for each parent: ~13 000 € – ~30 000 €,
- c.** Loss of a parent for each child: ~9 000 € – ~26 000 €,
- d.** Loss of a sibling living in the same household for each sibling: ~4 000 € – ~7 000 €.

In a recent decision of the Federal Supreme Court of Switzerland it has been confirmed that non-married domestic partners are likewise entitled to the damages, provided they had lived together for about four years in a stable relationship.

In respect of severe and permanent injuries, principally the same persons are entitled. However, the way in which the amount should be assessed is disputed, and there are only a few court decisions that could provide assistance. Usually spouses receive amounts that are higher than those received in case of death, whereas children and parents are awarded amounts similar or lower in comparison to a case of fatality.

15.3. Procedure

The vast majority of claims (possibly in more than 90% of the cases) is settled in out-of-court negotiations. The main reason for this is the scope of the judge's discretion

²⁸ Article 45 of the Swiss Code of Obligations.

²⁹ The amounts were converted from CHF to EUR based on the Bloomberg Market exchange rate as of the 14th February 2018.

when assessing an appropriate amount, which makes it difficult to predict the outcome of court proceedings. Another factor is the length of court proceedings, averaging at least two years, and leading to considerable delays in the settlement of the whole case.

16. Conclusions and *de lege ferenda* postulates

On 22nd November 2017, a Polish daily economic and legal newspaper “Rzeczpospolita” published an article on a not yet disclosed report of the Polish Financial Supervision Authority concerning the works of the insurers lobby on a potential tariff table for the families of road traffic accident victims³⁰. The Ministry of Justice is already involved in this work, predicting changes in the wording of article 446 § 4 of the Civil Code. It is difficult to anticipate if and when new regulations will come into force, especially that the works have come to a standstill due doubts as to the level of fixed redress amounts.

Considering the above analysis of European legislation on non-pecuniary damages, it is no surprise that the Polish legislator contemplates introducing a scheme that would bring more certainty for indirectly injured parties. Thankfully, it has not been suggested to follow the arrangement adopted in England and Wales or Northern Ireland – the lawmakers try their best to present the offered lump sum as an ‘acknowledgment of grief’, nonetheless it has been apparent that the people tend to perceive this award as unfair³¹.

I believe one of the two most important aspects of bereavement damages and the topic of indirectly injured parties on the whole is the question whether the amounts recoverable should be fixed by statute or be left to the court’s discretion to decide on a case-by-case basis? On one hand, a predictability of the court’s decision with regard to the amount rewarded certainly facilitates the process of out-of-court settlements, since the claimants are informed as to what they can reasonably demand from the other party. On the other hand, this leaves the legislator with an overwhelming task of attempting to put a value on one’s grief and distress and moreover creating a table, practically ranking the closest family members of the deceased and consequently stripping them of their humanity in the eyes of the law. A solution that may be safer for the indirectly injured parties could be focusing on justice over legal certainty and preserving a judge-led approach whilst creating a flexible legislation (including clear guidelines) that creates reasonable boundaries in terms of both the quantities of damages and the scope of persons entitled. Given our long tradition of judicial discretion in assessing fair compensation, this could be an optimal solution for Poland, unique among solutions as presented in this article.

³⁰ <http://www.rp.pl/Ubezpieczenia-i-odszkodowania/311219929-Zadoscuczynienia-za-smierc-czlonka-rodziny-z-urzedowej-tabeli.html>, 10.02.2018.

³¹ Especially that a judge-led approach in neighbouring Scotland not only awards higher amounts, but also has a wider circle of relatives entitled to claim damages.

Having said this, the common absence of cohabiting partners in the scope of entitled persons across Europe is also worth discussing. Factors used to define the range of eligible persons differs from country to country, and may include (selectively or combined): family ties, sharing a common household with the direct victim and the closeness of the relationship. However, undisputedly, each year the number of unmarried couples who live together increases and in a majority of European countries cohabitation has the same social acceptance as civil partnerships. Many of the above-analysed countries only recently have accepted the cohabitee's right to claim. Even though Polish Supreme Court has already focused on the actually existing relationship rather than formal criteria, if the Ministry of Justice is indeed planning changes in article 446 § 4 of the Civil Code, it would be worth considering to change the phrasing of the article from 'closest family members' to 'persons maintaining a close personal relationship'.

There is a substantial divergence in compensation practices, though one must not forget the varied standard of living or the average income per head of population in the analysed countries. The tendency to settle the claims outside of the court that is visible in the analysis is very beneficial for both the parties and courts. A grieving person would most definitely benefit from a swift settlement, as this would spare them any additional suffering as well as the costs of court proceedings.

In the Netherlands, a bill on non-pecuniary damage for close relatives of victims who sustained severe and permanent injuries or died because of a tort is currently in preparation. In March of 2010, a previous legislative proposal to change the law in this respect was rejected by the first Senate of the Dutch Parliament. The small majority who objected against this proposal felt that it may launch the beginning of a 'claim culture' and that fixed amounts are not the right way to acknowledge the wrong or do justice³². While it is true that one cannot put a value on a human life, and no compensation can replace the loss of a loved one, redress offered by the law is a token recognition that the negligence of another has caused the loss. Bereavement damages have now essentially become part of every European compensation system, and hopefully, with time, will be amply covered by respective legislatures.

* * *

Zadośćuczynienie w razie śmierci osoby bliskiej: analiza prawno-porównawcza ustawodawstwa i praktyki orzeczniczej niektórych państw członkowskich Unii Europejskiej i Szwajcarii

Niniejsza publikacja ma na celu zwięzłą analizę prawno-porównawczą uregulowań prawnych dotyczących zadośćuczynienia w razie śmierci osoby bliskiej w następujących państwach: Czechach, Danii, Francji, Grecji, Hiszpanii, Irlandii, Niemczech, Polsce, Portugalii,

³² Parliamentary Proceedings of the Second Chamber of Parliament (TK) 2004/2005, no 28 781, nos 1–3 ff.

Szwajcarii, Szwecji, na Węgrzech i w Wielkiej Brytanii (Anglii, Walii i Irlandii Północnej). Artykuł zawiera zestawienie informacji o rozumieniu zadośćuczynienia jako pojęcia prawnego, kręgu osób legitymowanych, dostępnych środkach prawnych i kwotach orzekanych tytułem rekompensaty w poszczególnych państwach, a także przepisach proceduralnych. Wskazuje także na praktyczne aspekty dochodzenia roszczeń z tytułu zadośćuczynienia, w tym czas trwania postępowania oraz odsetek ugód, w aspekcie doświadczeń członków Pan-European Organisation of Personal Injury Lawyers. W podsumowaniu zawarto ocenę aktualnych polskich regulacji na tle omówionych jurysdykcji oraz sformułowano postulaty *de lege ferenda* wobec prac Ministerstwa Sprawiedliwości nad zmianą artykułu 446 § 4 Kodeksu cywilnego.

Słowa kluczowe: zadośćuczynienie z tytułu śmierci, pośrednio poszkodowani, szkoda niemajątkowa, krzywda, zadośćuczynienie

Michał Zięba¹

L'urgence en droit français de contrats de concession

Pilna konieczność w umowie koncesji w prawie francuskim

Streszczenie:

Celem artykułu jest przedstawienie pilnej konieczności jako motywu uzasadniającego zawieranie umów koncesji bez spełnienia obowiązków ogłoszenia i otwarcia na konkurencję. Taki wyjątek od zasad ogólnych prawa koncesji nie został ujęty w dyrektywie 2014/23/UE, w przeciwieństwie do dyrektywy o zamówieniach publicznych. Francuska Rada Stanu, w swych niedawnych decyzjach z 2016 i 2017 r., wprowadziła pilną konieczność obok innych wyjątków od obowiązków ogłoszenia i otwarcia na konkurencję. Jej orzecznictwo stawia problem derogacji tego uznania w świetle prawa umów koncesji, które regulowane jest przez prawo wtórne Unii Europejskiej. Artykuł przedstawia konflikt między wagą zasad ogólnych prawa koncesji i obowiązków dotyczących ogłoszenia i otwarcia na konkurencję z koniecznością odstąpienia, w pewnych przypadkach, od tych procedur.

Słowa kluczowe: prawo francuskie, kontrakt, umowa koncesji

1. Introduction

La transposition en droit français de la directive 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession par l'ordonnance du 29 janvier 2016² et son décret

¹ L'auteur est doctorant de la Faculté de droit et administration de l'Université Jagellonne.

² Ordonnance n° 2016–65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, ci après dénommée «ordonnance «concessions»».

d'application du 1^{er} février 2016³, constituait une occasion d'unifier le droit des contrats publics⁴. Connues déjà sous forme de concessions de travaux publics et de délégations de service public, ces conventions ont obtenu une réglementation transitoire⁵, mais sans doute complexe et harmonisée avec le droit européen, englobant les concessions de travaux et services (y compris des services publics). Les règles qui les régissent s'inspirent du droit de marchés publics⁶, dont ces conventions se distinguent notamment par une contrepartie reposant non sur le paiement d'un prix, mais sur le droit d'exploitation, éventuellement assorti d'un prix. Les contrats de concessions prévoient nécessairement le transfert du risque d'exploitation et une véritable exposition du cocontractant aux aléas du marché, au défaut desquels la convention constitue le marché⁷. Pour cette raison, le régime juridique des concessions est moins contraignant par rapport aux marchés publics. Par contre, ces contrats sont toujours soumis aux principes généraux de la commande publique, que les autorités concédantes sont tenues de respecter en accomplissant, entre autres, les obligations relatives à la procédure de passation.

Ces obligations ne constituent qu'une étape parmi d'autres qui s'imposent lors de l'attribution de la concession. En revanche, leur méconnaissance constitue un motif pour contester la procédure de passation et peut même provoquer l'annulation du contrat déjà conclu. Elles possèdent ainsi une valeur de grande portée en ce qui concerne la validité de la procédure. Par contre, le devoir de leur accomplissement peut s'opposer aux besoins et intérêts de l'autorité concédante, ce qui engendre parfois la nécessité de déroger à ces règles. Tel est le cas de l'urgence en tant que motif justifiant la méconnaissance de la publicité et mise en concurrence préalables. Ce motif, introduit en droit français des contrats de concessions par la jurisprudence récente du Conseil d'Etat pose aujourd'hui des problèmes juridiques de l'interprétation, notamment en ce qui concerne sa portée à la lumière du respect des principes généraux de la commande publique. Le présent article expose, en premier lieu, l'affirmation des obligations de publicité et de mise en concurrence des contrats de concession qui découlent de ces principes (2.), et tient compte aussi, en deuxième lieu, des dérogations à ces règles, notamment en cas d'urgence (3.).

2. La publicité et mise en concurrence de contrats de concessions

Les textes en vigueur portant sur les contrats de concessions affirment clairement la complexité des règles relatives aux obligations de publicité et de mise en concurrence

³ Décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession, ci après dénommée «décret «concessions»».

⁴ Suite au processus de «l'européanisation du droit des concessions»; L. Richer, F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, Issy-les-Moulineaux 2016, p. 585.

⁵ Compte tenu des projets de la codification planifiée du droit français de la commande publique.

⁶ Anciennement codifié, aujourd'hui sous le régime de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (ordonnance «marchés publics») et du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics (décret «marchés publics»).

⁷ Art. 5 du décret «concessions».

des contrats de concession. La nécessité de respecter les principes généraux de la commande publique (2.1.) justifie l'accomplissement de ces obligations, exposées brièvement par la suite (2.2.).

2.1. Les principes généraux de la commande publique

L'encadrement juridique des règles de la publicité et de mise en concurrence répond aux exigences imposées par les principes généraux de la commande publique. Dérivés de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne⁸, ces principes ont été affirmés par les directives «marchés» et «concessions». Enfin, repris par les nouvelles ordonnances transposant le droit européen, ils s'appliquent aujourd'hui à tous les contrats visés par cette législation. En ce qui concerne le droit de l'Union, il faut mentionner l'arrêt fondateur de ces principes, à savoir la décision de la CJCE du 7 décembre 2000 (*Telaustria et Telefonadress*), qui a obligé les entités adjudicatrices à «respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier, ce principe impliquant, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté» lors de la conclusion des contrats des marchés exclus à ce temps du champs d'application du droit communautaire, en ajoutant que cette obligation «consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication»⁹.

En droit interne, avant leur inclusion complète dans les ordonnances en vigueur, le Conseil Constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle des principes analogues, rappelés par l'art. 1 de l'ancien code de marchés publics, en les tirant des articles 6 et 14 de la Déclaration de droit de l'homme et du citoyen¹⁰. Ainsi, sans aucun doute, les principes généraux demeurent non seulement fortement ancrés dans le système français du droit de la commande publique, mais constituent même sa «colonne vertébrale»¹¹. Bien qu'on puisse énumérer trois principes exprimés d'une manière distincte dans l'art. 1^{er} de l'ordonnance «concessions» (à l'instar de l'art. 3 de la directive), à savoir la liberté d'accès la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, la doctrine aperçoit qu'ils forment un ensemble homogène et unitaire en ce qui concerne leurs fonctions¹². Ces fonctions sont présentes à l'échelle européenne et interne. En droit de l'Union, les principes

⁸ Anciennement la Cour de justice des Communautés européennes.

⁹ CJCE, 7 décembre 2000, affaire C-324/98, *Telaustria et Telefonadress*.

¹⁰ CC, déc. n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*.

¹¹ E. Langlier, *L'office du juge et le contrat administratif* [thèse], Poitiers 2012, p. 317.

¹² «L'analyse du droit positif et du discours doctrinal dévoile qu'il existe une *conception unitaire des fonctions des principes de la commande publique*, dans la mesure où le pouvoir normatif et les juges leur assignent d'objectifs généraux communs, et leur confèrent des instruments juridiques identiques»; M.-Ch. Bontron, *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique* [thèse], Montpellier 2015, p. 48.

généraux s'inscrivent dans des objectifs communautaires relatifs à l'ouverture du marché à la concurrence et la libre circulation des marchandises ou libre prestation de services. En revanche, dans l'optique du droit interne, les principes servent à réaliser la bonne utilisation des deniers publics et l'efficacité de la commande publique (art. 1.I. *in fine* de l'ordonnance «concessions»).

2.2. Les obligations de publicité et mise en concurrence

Les principes fondamentaux que l'on vient de présenter demeurent complétés dans la directive par l'ensemble des règles relatives à la passation et l'exécution des contrats de concession qui se situent aujourd'hui «au cœur du droit de la commande publique»¹³. Ces règles assurent que les principes sont observés par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices lors de l'attribution de concession. En général, comme d'autres règles de passation, elles limitent la liberté contractuelle de l'autorité concédante¹⁴. Les règles qui feront l'objet de mon analyse concernent uniquement l'étape de la conclusion d'un contrat de concession. Il est question ici du temps pendant lequel l'autorité concédante procède à définir les besoins qu'elle cherche à satisfaire, informe le public de sa volonté d'attribuer une concession en vue d'attirer les candidats potentiels, recueille les offres et, enfin, choisit parmi elles celle qui répond le mieux à ses exigences. Cette démarche constitue un processus de la passation des contrats de concession qui a subi une harmonisation au niveau européen pour les contrats soumis à la procédure formalisée et, au niveau national, a été encadrée pour d'autres contrats par la procédure adaptée. À ce stade, cet objectif est atteint notamment grâce aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui consiste en publicité préalable et publicité finale.

La publicité préalable des contrats de concession, à savoir celle qui consiste à informer le public de la volonté de l'autorité concédante de procéder à conclure un tel contrat, doit se faire, selon la directive, sous forme d'avis de concession: «Les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices qui souhaitent attribuer une concession font connaître leur intention au moyen d'un avis de concession»¹⁵. L'obligation de publier l'avis de concession concerne les concessions dont la valeur dépasse ou égale le seuil européen (donc qui sont soumises à la procédure formalisée), aussi bien que les concessions d'une valeur inférieure à ce seuil ou de l'objet spécial (relevant de la procédure adaptée). Cela permet d'harmoniser les règles procédurales de leur passation, quelque soit leur valeur ou l'objet, afin d'assurer le même respect des principes généraux de la commande publique.

Quant au contenu de chaque avis de concessions (quelque soit la valeur du contrat) outre les éléments permettant d'identifier l'autorité concédante (notamment son nom et adresse) et la détermination des voies de communication avec les candidats, ils y doivent toujours figurer la description de la concession, les conditions de participation

¹³ P. Serrand, *Droit administratif T.1, Les actions administratives*, Paris 2015, p. 278.

¹⁴ M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, Paris 2015, p. 212.

¹⁵ Directive «concessions», art. 30.

à la procédure, les critères de sélection et la date limite de la réception des offres ou candidatures¹⁶. En plus de garder le contenu minimal de l'avis de concession, les obligations de publicité et de mise en concurrence préalables consistent à faire apparaître ce document dans les conditions strictement définies. Notamment, l'autorité concédante n'est pas libre de définir les lieux de publication de son avis: leur liste est imposée par la directive et l'ordonnance de concession afin de garantir la même possibilité d'accéder aux avis aux niveaux européen et national. Il est donc question ici d'une publication dans le Journal officiel de l'Union européenne, dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou dans un journal d'annonces légales et même dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné pour les contrats relevant du droit européen. Pour ceux dont la valeur ne dépasse pas le seuil imposé par la directive, seule publication au *BOAMP* suffit.

Le choix du contractant par l'autorité concédante et la conclusion d'un contrat doivent être notifiés non seulement à l'opérateur économique dont l'offre a été retenue, mais aussi rendus publics. Certaines obligations de publicité finale demeurent communes quelle que soit la valeur de concession et la nature de son objet, donc seront applicables à la fois lors de la procédure formalisée et adaptées. L'ordonnance et son décret d'application, complétés par la jurisprudence, imposent dans ce domaine de procéder à «des mesures de publicité appropriées» en vue de remplir des formalités liées à l'attribution de concessions sous forme d'un contrat administratif (à savoir une concession attribuée par la personne morale de droit public). Pourtant, dans le cas des contrats dont la valeur dépasse ou égale le seuil européen, la directive prévoit des obligations supplémentaires, concernant la publication d'un avis d'attribution.

Même si la notion de «mesures de publicité appropriée» reste assez ambiguë, les décisions du Conseil d'État *Tropic*¹⁷ et *Tarn et Garonne*¹⁸ renvoient à la forme de cette publicité («un avis») et à son contenu minimal. Quant au dernier arrêt, il a été jugé suffisant de mentionner dans un avis que le contrat en question a été conclu et qu'il peut consulté sous certaines modalités. Dans son rapport public de 2008, le Conseil d'État a précisé en quoi cet avis pourrait consister, en énumérant notamment la mention des signataires du contrat, la date de sa conclusion, son objet, sa durée et son montant¹⁹, tandis que la seule mention dans l'avis de la date d'attribution a été jugée comme insuffisante²⁰. De plus, les supports utilisés pour la publication de cet avis doivent rester les mêmes que ceux dans lesquels l'autorité concédante a fait apparaître l'avis de concession. Il faut ajouter que ces deux arrêts mentionnés ci-dessus constituaient des décisions fondatrices du recours en contestation du contrat aux tiers, en premier lieu aux «concurrents évincés» et en second à «tous les tiers susceptibles d'être laissés de manière suffisamment directe et certaine». L'accomplissement de ces mesures fait déclencher le délai pour contester le contrat.

¹⁶ Arrêté du 21 mars 2016 fixant le modèle d'avis pour la passation des contrats de concession, art. 1.

¹⁷ CE, 16 juillet 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe*, n°291545.

¹⁸ CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn et Garonne*, n°358994.

¹⁹ Le rapport public du Conseil d'État 2008, EDCE n° 59, p. 259.

²⁰ CAA, 30 octobre 2013, *Sté Casino de Montrond-les-Bains*, n° 13LY00721.

Nonobstant les obligations reposant sur la mise en œuvre des mesures de publicité appropriées lors de la conclusion d'un contrat de concession, l'autorité concédante est tenue de répondre aux exigences découlant de la procédure formalisée pour les contrats dont la valeur dépasse ou égale le seuil européen. Ces exigences sont définies par le décret «concessions» et consistent à publier un avis d'attribution conformément au modèle fixé par l'annexe XXII du règlement d'exécution (UE) n° 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 qui reprend le contenu minimal de cet avis établi dans l'annexe VII de la directive «concessions». Il s'avère que le contenu minimal d'un tel avis ne se substitue pas aux mesures de publicité appropriées imposées par la jurisprudence lors de la conclusion des contrats administratifs, mais il les complète. La directive ne mentionne pas l'obligation d'informer le public de la conclusion d'un contrat ni de l'endroit où il peut être consulté, ces règles restent réservées aux contrats passés par des personnes morales de droit public. En ce qui concerne les modalités de la publication, le seul support exigé par l'ordonnance est le *JOUE* ce qui correspond au rôle de l'avis d'attribution dans la procédure de passation. En effet, il n'y a plus besoin de garantir l'aspect concurrentiel de cette procédure et d'avertir le plus grand nombre possible d'opérateurs économiques suffisamment vigilants et potentiellement intéressés par l'attribution de concession. public. Par contre, le rôle de cette publication reste le même, parce qu'elle déclenche le délai pour saisir le référé contractuel²¹.

3. Les dérogations aux obligations de publicité et de mise en concurrence de contrats de concessions

Les obligations de publicité et mise en concurrence peuvent, dans certaines situations, faire obstacle à la satisfaction des besoins de l'autorité concédante, ce qui a engendré l'établissement des dérogations à ces obligations. Dans le cadre de la présente partie, elles seront exposées en tant que procédures exceptionnelles de passation de contrats de concessions (3.1.). Elles seront distinguées de la dérogation établie par le juge administratif, à savoir le cas d'urgence comme motif justifiant la dérogation aux obligations de publicité et mise en concurrence (3.2).

3.1. Les procédures exceptionnelles de passation de contrats de concessions

Bien que l'autorité concédante soit généralement obligée de procéder à l'accomplissement de plusieurs mesures de publicité et de mise en concurrence lors de la passation des contrats de concession, l'ordonnance, conformément à la directive, prévoit les hypothèses dans lesquelles ces mesures n'ont pas de caractère obligatoire, à savoir une concession peut être attribuée sans la publicité ni mise en concurrence préalables. Ces hypothèses concernent premièrement une situation particulière dans laquelle la concession ne peut être attribuée qu'à un seul opérateur économique déterminé

²¹ CJA, art. R 551-7.

et, deuxièmement, l'échec de la procédure concurrentielle qui exige la mise en œuvre de la procédure négociée.

La complexité des besoins que les autorités concédantes veulent satisfaire en procédant à l'attribution de la concession de service ou de travaux peut nécessiter de contracter avec un seul opérateur économique déterminé. La manque d'aspect concurrentiel de cette situation permet de renoncer à l'accomplissement des règles de publicité et de mise en concurrence préalables. Le décret prévoit qu'une telle attribution ne peut être effectuée que «pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité»²². Loin d'être précise, cette exception semble, au premier regard, contredire les principes généraux de la commande publique. Notamment, elle exclut la liberté d'accès à la procédure, car cet accès est réservé seulement à un opérateur économique déterminé par l'autorité concédante. Elle nie aussi la transparence de l'attribution car elle engendre une renonciation complète à la publication d'un avis de concession qui fait partie des obligations de publicité nécessaires quelque soit l'objet ou la valeur du contrat en question.

Cette exception ne constitue pas pourtant une nouveauté dans le droit de la commande publique: elle a déjà été introduite dans l'ancien code de marchés publics, ce qui rend possible son interprétation restrictive dans le sens de la jurisprudence établie dans cette matière. Il faut aussi constater, qu'en comparant les dispositions actuelles de la directive et du décret «concessions», les premières se présentent comme beaucoup plus précises. Notamment, elles ne se réfèrent pas aux «raisons artistiques», à la place desquelles elles indiquent «la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique». De plus, «la protection des droits de la propriété intellectuelle» constitue un motif supplémentaire aux droits d'exclusivité. En outre, le caractère exceptionnel de ces dérogation est souligné, comme elles ne sont applicables que «lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de substitution raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des paramètres de l'attribution de la concession»²³. Ces précisions renforcent la stabilité contractuelle et indiquent aux autorités concédantes qu'elles ne peuvent pas renoncer aux obligations de publicité et mise en concurrence préalables sans être bien fondées dans leur décision. En fait, les dispositions du décret «concessions» laissent beaucoup moins de possibilités de procéder à l'attribution sans publicité par rapport au droit de marchés publics. Cela doit être apprécié du point de vue du respect des principes généraux, même si les dispositions du décret exigent des précisions qui seront sans doutes apportées par le juge administratif. En revanche, la mise en œuvre de la procédure négociée constitue une exception aux obligations de publicité et de mise en concurrence préalables moins controversée.

La seconde exception, prévue par 2° de l'art. 11 du décret «concessions», concerne des situations dans lesquelles la procédure de passation a été mise en œuvre avec l'application des règles de publicité et de mise en concurrence préalables, mais elle

²² Décret «concessions», art. 11.

²³ Directive «concessions», art. 31.4.

n'a pas abouti à l'attribution de concession, car «aucune candidature ou aucune offre n'a été reçue ou lorsque seules des candidatures irrecevables au sens de l'article 23 ou des offres inappropriées au sens de l'article 25 ont été déposées»²⁴. Dans cette hypothèse, l'autorité concédante peut mettre en œuvre la procédure négociée²⁵ sans publicité ni mise en concurrence «pour autant que les conditions initiales du contrat ne soient pas substantiellement modifiées», à savoir sur la base des documents qui ont déjà fait l'objet de publication. Il est question ici d'une nouvelle procédure dont les règles sont dérogatoires, mais qui demeure implantée au sein de la procédure régulière qui s'est avérée inefficace. Effectivement, l'exception en question sera moins contraignante aux principes généraux de la commande publique que celle présentée dans au précédent. Non seulement elle prévoit l'accomplissement des obligations de publicité et mise en concurrence ultérieures au commencement des négociations, mais elle garantit aussi une certaine immutabilité des informations rendues déjà publiques.

3.2. L'urgence en tant que motif justifiant la dérogation aux obligations de publicité et mise en concurrence

Les dérogations aux obligations de publicité et mise en concurrence prévues par le droit de concessions (y compris le droit des délégations de service public avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance) n'ont pas repris en totalité les règles établies par le droit de marchés publics, ce qui a engendré des lacunes juridiques, notamment en ce qui concerne la possibilité de conclure un contrat en cas d'urgence. L'ancien code de marchés publics prévoyait la mise en œuvre de la procédure négociée «pour faire face à une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et n'étant pas de son fait», tout en limitant un tel marché «aux prestations strictement nécessaires»²⁶. À défaut des règles analogues dans le droit de concessions, le juge administratif est intervenue en admettant, premièrement, la conclusion d'une délégation de service public en cas d'urgence (3.2.1.) et, en deuxième lieu, au nouveau régime unifié des contrats de concession de services (3.2.2.).

3.2.1. La conclusion d'une délégation de service public en cas d'urgence

Bien que la notion d'urgence n'ait pas été nouvelle en droit de délégation de services publics, elle ne constituait l'occasion de s'affranchir de règles de publicité et de mise en concurrence que pour la prolongation d'un contrat pour une durée maximale d'un an pour des motifs d'intérêt général²⁷. Cette solution n'était pas pourtant suffisante

²⁴ Décret «concessions», art. 11.2°

²⁵ S. Braconnier, *Précis du droit de la commande publique*, Antony 2017, p. 439; en fait, ni ordonnance, ni décret «concessions» ne se réfèrent pas sur ce point à l'appellation «procédure négociée», bien qu'il agisse bien des négociations mises en œuvre par l'autorité concédante avec un seul opérateur économique. Cette procédure peut être appelée ainsi à l'instar de la procédure analogue prévue par l'art. 30.I. du décret «marchés».

²⁶ CMP, art. 35.II. abrogé; repris par décret «marchés publics», art. 30.I.1°.

²⁷ CGCT, art. L.1411-2 a) abrogé.

pour faire face à toutes les situations d'urgence, notamment celles dans lesquelles il existait la nécessité de conclure un nouveau contrat transitoire, car, par exemple, la soudaine défaillance du délégataire pourrait empêcher l'exécution de la convention existante²⁸. Dans l'affaire *La Communauté d'Agglomération du Centre de la Martinique* (CACEM)²⁹, le Conseil d'État a dû répondre au problème juridique de la validation d'un contrat provisoire portant sur la délégation de service public de la gestion et l'exploitation d'une fourrière. Ce contrat a été conclu par CACEM en remplacement de la délégation ultérieure, venue à l'échéance, avec un autre délégataire. Celui, lors de la procédure de sa prolongation pour un motif d'intérêt général (la compétence en matière de fourrières allait être transféré à l'État) y a apporté des modifications rejetées par le délégant. CACEM s'est trouvée ainsi forcée, à son avis, de conclure un contrat en s'affranchissant de publicité et de mise en concurrence afin de faire continuer le service. Tenu compte de la conclusion d'un nouveau contrat, le premier délégataire a contesté sa validité.

Même si, en l'espèce, le Conseil d'État ait refusé d'admettre le caractère licite de la nouvelle délégation, le problème posé par cette affaire lui a fourni une occasion d'instaurer au régime juridique des délégations de service public l'exception portant sur le cas d'urgence en tant que motif justifiant la dérogation aux obligations de publicité et mise en concurrence. Plus précisément, le Conseil a admis que «en cas d'urgence résultant de l'impossibilité soudaine dans laquelle se trouve la personne publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, elle peut, lorsque l'exige un motif d'intérêt général tenant à la continuité du service public, conclure, à titre provisoire, un nouveau contrat de délégation de service public sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites»³⁰.

Premièrement, il faut donc envisager la situation autorisant de faire usage de cette exception. Il est question ici de l'état d'urgence provenant des circonstances irrésistibles, indépendantes de la volonté de l'autorité délégante et arrivées d'une manière soudaine. Notamment, le juge administratif n'a pas repris ici la notion d'urgence «impérieuse», incluse dans une règle analogue de code de marchés publics qui précisait qu'une telle urgence relève notamment de situations liées à une catastrophe technologique ou naturelle³¹, et dont l'application par le juge administratif et le CJCE a été restreinte³². Ainsi, le Conseil d'État a assoupli les conditions de cette exception en les attachant à l'urgence «simple» qui est, bien sûr, aussi liée aux situations pressantes, mais sans des restrictions portant sur leur gravité. Il faut aussi indiquer que l'imprévisibilité de la situation ne se trouve pas parmi des exigences imposées par le Conseil d'État³³, ce qui exclut une comparaison de la dérogation à la conception

²⁸ G. Pellissier, *Conclusions du rapporteur public*, BJCP 2016, n°107, p. 265.

²⁹ CE, 4 avril 2016, *La Communauté d'Agglomération du Centre de la Martinique*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ CMP, art. 35.II.1° abrogé.

³² Ch. Lajoie, *Droit des marchés publics*, Paris 2017, p. 330.

³³ S. Nicinski, *Observations*, BJCP 2016, n°107, p. 271.

classique de *force majeure*. Cette situation doit pourtant intervenir d'une manière brusque et être engendrée par des circonstances extérieures à l'autorité délégante qui ne peut pas être en responsable. Il était sûrement autrement dans le cas de la conclusion de convention par CACEM, car il s'agissait bien de sa volonté de ne pas contracter avec le premier délégataire, d'autant qu'il voulait renoncer aux clauses de contrat rejetées par la Communauté.

Deuxièmement, le recours à la procédure sans publicité ni mise en concurrence doit être justifié par l'autorité délégante par le motif d'intérêt général tenant à la continuité du service public. Absente dans le Code de marchés publics, cette condition est strictement attachée au caractère spécial des conventions en question, portant sur la délégation du service public dont la réalisation est protégée par le principe d'ordre constitutionnel, ce qui «renforce la justification d'une telle hypothèse»³⁴. En outre, la continuité de service public a été déjà considérée dans la jurisprudence en tant que motif justifiant manque du respect des règles de procédure, notamment en cas d'urgence (TC, 2 décembre 1902 *Société immobilière Saint-Juste*) ou des circonstances exceptionnelles (CE, 28 juin 1918, *Heyriès*)³⁵. De plus, le Conseil Constitutionnel dans sa décision déjà citée du 26 juin 2003³⁶, a admis que pour répondre à des situations d'urgence, il est possible de déroger au droit commun de la commande publique même de manière susceptible de limiter l'égalité des candidats. Sans pourtant que ces décisions puissent être transposables en l'espèce, il démontrent la valeur juridique de la continuité de service public et de l'urgence, permettant à s'affranchir des règles procédurales.

Enfin, le juge administratif a imposée des cadres temporelles à la dérogation règles de passation de la délégation de service public, statuant que «que la durée de ce contrat ne saurait excéder celle requise pour mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence, si la collectivité entend poursuivre la délégation du service, ou, au cas contraire, pour organiser les conditions de sa reprise en régie ou pour en redéfinir la consistance»³⁷. Or, une telle convention a un caractère provisoire, ne pouvant pas intervenir que pour le temps nécessaire à passer un nouveau contrat de manière régulière ou de reprendre le service en régie. L'autorité d'élégante doit donc envisager non seulement à quel moment elle peut attribuer une délégation en respectant les règles procédurales, mais aussi considérer s'il n'était pas possible de gérer le service par elle-même. Son travail consiste à rechercher le moyen le plus efficace de satisfaire ses besoins avant de procéder à la conclusion d'une convention provisoire. Celle-ci n'est pas ainsi admise qu'en tant que le moyen le plus rapide, tout en gardant son caractère strictement transitoire.

Il faut aussi remarquer qu'au moment de l'apparition de la jurisprudence CACEM, les délégations de service publics n'ont plus été les seules concessions de service: depuis 1 avril 2016 cette notion s'est entendue et comprend non seulement le service public.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ G. Pellissier, *op.cit.*

³⁶ CC, déc. n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*.

³⁷ CE, 4 avril 2016, *La Communauté...*

Même si certains auteurs ont considéré que la décision du Conseil d'État ne renvoie pas directement au service public déléguée, en admettant qu'elle peut être applicable à «toute mission de service public à laquelle la concession contribuera»³⁸, il fallait attendre l'évolution de jurisprudence pour admettre l'élargissement de l'applicabilité de cette exception aux autres types de services. Cette évolution bien attendue n'est pas pourtant intervenue que presque un an après l'arrêt *CACEM*.

3.2.2. La conclusion d'un contrat de concession de services en cas d'urgence

Comme le régime de passation des contrats de concessions, y compris les concessions de travaux et services et délégations de service public, a fait l'objet de l'unification, l'exception posée par l'arrêt *CACEM* s'est révélée peu opératoire, n'étant pas applicable qu'aux contrats portant sur le service public. Arrivée quelques jours après l'entrée en vigueur de l'ordonnance «concessions», cette jurisprudence a été entachée des lacunes dès son apparition, notamment en ce qui concerne l'abrogation de la législation portant sur les DSP. Pourtant, la première application positive de cette jurisprudence dans *La société Sea Invest Bordeaux*, rendue par le Conseil d'État le 14 février 2017³⁹, est venue pour combler ses lacunes. En l'espèce, le Grand port maritime de Bordeaux (GMPB) et la Société de manutention portuaire d'Aquitaine (SMPA) ont saisi le Conseil avec deux recours contre l'ordonnance du tribunal administratif de Bordeaux par laquelle il a annulé le contrat litigieux. Ce contrat constituait une convention provisoire entre GMPB et SMPA pour assurer l'exploitation du terminal de Verdon, intervenue au lieu de la convention initiale conclue avec la société Europorte, dont l'exécution avait connue des difficultés impossibles à surmonter par voie de la médiation. L'exploitation du grand port maritime a été en effet retirée de la société Europorte et confiée à SMPA pour le temps nécessaire à la mise en œuvre d'une nouvelle procédure de passation. Ayant qualifié expressément et pour la première fois la convention de terminal de concession de service⁴⁰, la jurisprudence *Sea Invest Bordeaux* a apporté des assouplissements à l'exception posée par l'arrêt *CACEM* et a autorisé l'autorité concédante à se dispenser du respect des règles de publicité pour conclure un contrat de concession transitoire sous certaines conditions. Selon le Conseil d'État, «en cas d'urgence résultant de l'impossibilité dans laquelle se trouve la personne publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, elle peut, lorsque l'exige un motif d'intérêt général tenant à la continuité du service, conclure, à titre provisoire, un nouveau contrat de concession de services sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites»⁴¹.

³⁸ S. Nicinski, *op.cit.*

³⁹ CE, 14 février 2017, *La société Sea Invest Bordeaux* (citée aussi comme *La société de manutention portuaire d'Aquitaine*).

⁴⁰ Plus sur cet aspect de la portée de l'arrêt *Sea Invest Bordeaux*: C. Frackowiak, *Fin de partie pour les conventions de terminal*, BJC 2017, n°112, Mai-Juin.

⁴¹ CE, 14 février 2017, *La société Sea Invest Bordeaux*.

La comparaison des arrêts *CACEM* et *Sea Invest Bordeaux* démontre que le Conseil d'État non seulement s'est décidé à confirmer sa jurisprudence, mais aussi à y apporter des précisions en assouplissant des conditions de s'affranchir des règles de publicité. Quant aux circonstances justifiant cette dérogation, le caractère soudain de l'impossibilité de continuer à faire assurer le service n'est plus nécessaire pour justifier une conclusion de contrat provisoire. C'est le fait que l'exploitation du service devient compromise qui prévaut. En l'espèce, GPMB a constaté la défaillance de son contractant originel après l'échec de la médiation, donc il ne pouvait être question de la soudaineté des conditions, mais leur résultat, l'impossibilité d'exécuter le service d'exploitation de port maritime, justifie la dérogation aux règles de publicité. D'autre part, le Conseil a confirmé la nécessité du caractère extérieur des circonstances par rapport à l'autorité concédante qui ne peut pas en être responsable: l'échec de la médiation et la défaillance du concessionnaire illustrent bien la condition d'extériorité, contrairement à la rupture des négociations pour prolonger le contrat dans l'affaire *CACEM*. De même, l'arrêt *Sea Invest Bordeaux* reprend l'hypothèse du caractère temporaire d'un contrat conclu à titre provisoire, en limitant sa durée à celle nécessaire pour mettre en œuvre une procédure de publicité et mise en concurrence ou à organiser la mise en régie de service par l'autorité concédante.

Par contre, l'importance de la jurisprudence *Sea Invest Bordeaux* repose avant tout sur l'élargissement du champ d'application de l'exception prévue par l'arrêt *CACEM* qui est intervenu en cohérence avec l'unification du droit de concessions. La solution dégagée par le seconde arrêt concernait uniquement les délégations de service public. Sa portée a été étendue aux concessions de service sans référence à la qualité de service concédé. Effectivement, il existe bien des besoins des pouvoirs adjudicateur auxquels des services non publics peuvent répondre et la possibilité d'assurer leur continuité relève d'intérêt général. En l'espèce, l'exploitation du terminal Verdon a dû être assurée compte tenu qu'il pouvait accueillir des navires de gros tonnage et pour honorer les contrats conclus avec des compagnies de transport maritime. Le juge administratif est donc encore une fois intervenue à la place du législateur pour combler des lacunes juridiques de droit de concessions, car celui n'avait pas repris la dérogation aux règles de publicité pour le cas d'urgence existant déjà en droit de marchés publics. Bien qu'elle puisse être appréciée de point de vue de droit interne, notamment en ce qui concerne la protection d'un intérêt général d'assurer la continuité de services concédés et la prise en compte de l'unification de droit de concessions, la solution apportée par le Conseil d'État le 14 février 2017 pose des doutes dans l'optique du droit européen. Il faut en fait poser la question de savoir s'il existe une conformité de cette solution avec la directive «concessions».

Contrairement aux règles de publicité et de mise en concurrence présentées au titre premier de ce mémoire, les dérogations à ces règles, tant celles prévues par les textes pour des procédures exceptionnelles de passation que celles établies par la jurisprudence *CACEM* et *Sea Invest Bordeaux*, n'exigent pas de faire référence à la distinction entre les procédures formalisée et adaptée. L'ordonnance «concessions» a repris les exceptions

admises par la directive en étendant leur application en dehors de la considération de valeur du contrat. Tenant compte du régime plus contraignant des contrats dont valeur égale ou dépasse le seuil européen, une autre solution s'avérerait injustifiée. Quant au juge administratif, il s'est abstenu de préciser si la portée des arrêtes cités comporte toutes les conventions, indépendamment du chiffre d'affaires générées par le concessionnaire pendant la durée du contrat. Il en résulte qu'une dérogation en cas d'urgence devrait s'appliquer, comme les exceptions instituées par la directive, d'une manière générale. Ainsi, le Conseil d'État semble avoir pris la place non seulement du législateur national, mais aussi européen.

La procédure formalisée de passation de contrats de concessions est strictement encadrée par le droit dérivé de l'Union européenne qui impose le respect des principes généraux de la commande publique et obligations de publicité et de mise en concurrence, auxquelles ne sont apportées que deux dérogations mentionnées ci-dessus. La directive n'admet pas l'urgence en tant que motif justifiant de s'affranchir de ces obligations. Il existe donc depuis la jurisprudence *CACEM* et *Sea Invest Bordeaux* une divergence importante entre la solution du Conseil d'État et le droit européen. Cette incohérence vient au rebours de l'objectif de la directive, à savoir l'unification de droit des concessions d'une valeur plus importante. Malgré la suggestion du rapporteur public⁴², le Conseil n'a pas soumis cette question à la CJUE. Le seul remède à ce problème serait d'admettre que les contrats provisoires, conclus à court terme, ne devraient pas en fait générer de chiffres d'affaires dépassant le seuil européen. Cette solution reste pourtant peu satisfaisante, compte tenu que la formulation générique de l'exception ne se réfère pas à la valeur de contrat. En outre, de point de vue du motif d'intérêt général d'assurer la continuité de service, qui justifie ici la dérogation au droit commun de la commande publique et semble prévaloir sur les principes généraux, l'exclusion des contrats au delà du seuil européen porterait une atteinte injustifiée à leur exécution interrompue en cas d'urgence. Or, il reste d'attendre une décision salomonique en ce matière, au mieux au niveau de la législation ou jurisprudence européennes.

Par contre, à l'échelle de droit interne, la solution du Conseil d'État s'est avérée opératoire et a trouvé son application dans des cas où les autorités concédantes concluaient de contrats provisoires s'affranchissant des règles procédurales de mise en concurrence. Dans sa décision du 24 mai 2017⁴³, le Conseil d'État a dû trancher la question d'une qualification correcte du contrat litigieux. En l'espèce, la Commune de Saint-Benoît a attribué une gestion provisoire du service public de restauration municipale à la société Dupont Restauration Réunion sans publicité préalable. La société Régat des Iles a fait recours contre cette convention, d'abord devant le Tribunal administratif de la Réunion, et puis devant le Conseil d'État pour annuler l'ordonnance du juge des référés et régler l'affaire. Bien que la partie requérante ait soulevé qu'elle se trouvait dans une position d'un tiers évincé, son premier recours a été rejeté par le juge du fond à la base de l'art. L. 551-14 du code de justice

⁴² Conclusion..., p. 266.

⁴³ CE, 14 mai 2017, *Commune de Saint-Benoît*.

administratif⁴⁴, sans rechercher si la méconnaissance des règles de publicité par l'autorité concédante avait pu engendrer l'ignorance de ce premier conduisant à l'introduction du référé précontractuel. En revanche, le Conseil d'État s'est penché sur cette méconnaissance. Il a statué, en premier lieu, que la convention en question ne constituait pas, contrairement à la qualification faite par la commune, le contrat de concession à défaut de transfert de risque d'exploitation de la gestion de restauration municipale. Effectivement, les conditions de rémunération n'impliquaient pas une réelle exposition aux aléas du marché du cocontractant⁴⁵. Or, la convention litigieuse ne revêtait pas le caractère de contrat de concession, mais celui d'un marché public, ce qui a rendu impossible d'y appliquer la dérogation découlant de la jurisprudence *Sea Invest Bordeaux* pour le cas d'urgence. En deuxième lieu, le Conseil a envisagé l'exception prévue par l'art. 30 du décret «marchés», relative à «une situation d'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles et extérieures à l'acheteur», donc celle dont le régime est plus contraignant. N'ayant constaté aucune urgence impérieuse et que la durée du contrat dit «provisoire» excédait le délais nécessaire pour faire face à cette urgence, le Conseil a prononcé l'annulation de contrat avec une prorogation de quatre mois pour préserver la continuité du service de la restauration municipale.

En concluant, bien que l'arrêt *Commune de Saint-Benoît* ne constitue pas une application directe de la jurisprudence *Sea Invest Bordeaux*, il démontre à mon avis l'importance d'une qualification correcte de conventions, car le régime de la dérogation établie par l'arrêt du 14 février 2017 se diffère de celui prévue par l'art. 30 du décret «marchés»: cette différence repose notamment sur la distinction entre l'urgence simple et impérieuse, et n'est guère sans objet lors de l'examen des circonstances compromettant l'exécution du contrat. Il pourrait s'avérer qu'une qualification d'un contrat provisoire en tant que concession permettrait sa validation s'il était conclu dans des simples conditions d'urgence. De plus, la prorogation d'annulation illustre bien le caractère primordial de la continuité du service qui, dans l'optique du Conseil, doit être respecté même en présence des méconnaissances manifestes des règles de passation. Le juge administratif tend ainsi à maintenir les relations contractuelles, bien qu'elles soient dépourvues de validité, s'il existe un motif d'intérêt général d'assurer l'exécution ininterrompue du contrat.

Quant à l'application plus directe de la jurisprudence *Sea Invest Bordeaux*, dans l'arrêt très récent du 5 février 2018⁴⁶, le Conseil d'État a envisagé l'hypothèse de l'urgence en tant que motif justifiant la passation de contrat de concession provisoire sans publicité ni mise en concurrence (outre l'application d'art. 11 du décret «concessions»).

⁴⁴ Selon lequel le référé contractuel n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du référé précontractuel dès lors que le pouvoir adjudicateur a respecté la suspension prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 du même code et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours.

⁴⁵ Selon lequel le référé contractuel n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du référé précontractuel dès lors que le pouvoir adjudicateur a respecté la suspension prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 du même code et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours.

⁴⁶ CE, 5 février 2018, *op.cit.*

Le Conseil a confirmé la décision du juge de référé qui a annulé le contrat litigieux portant sur service relative à l'exploitation de mobiliers urbains d'information, conclu à l'échéance de la première concession. Notamment, il a estimé que les engagements financiers de l'autorité concédante n'établissent pas l'intérêt général justifiant la mise en œuvre de la procédure dérogatoire, car seuls les impératifs de continuité du service public de l'information municipale doivent être pris en compte. Quant à ces impératifs, selon le Conseil, le juge de fond a valablement considéré l'inexistence de risque de la rupture de ce service, compte tenu de «la grande diversité des moyens de communication, par voie électronique ou sous la forme d'affichage ou de magazine» dont disposait l'autorité concédante et qui étaient suffisants pour éviter ce risque. Ainsi, le juge administratif a examiné l'hypothèse du caractère irrésistible des conditions dans lesquelles l'autorité concédante se trouvait. Notamment, l'impossibilité d'assurer la continuité de service ne peut pas concerner un seul moyen de son exécution. Les autorités sont en tout temps tenues de rechercher d'autres modalités, face à l'échec d'exploiter un moyen déterminé. En l'espèce, ce n'était pas sûrement le service d'information par le biais des mobiliers urbains qui méritait la protection, mais plus généralement le service d'information municipale, pouvant toujours être assuré par d'autres moyens. Cette précision demeure importante du point de vue de l'interprétation de l'exception jurisprudentielle, en imposant son application restreinte: les autorités se trouvent dans l'impossibilité d'assurer la continuité de service uniquement dans les cas où il n'existe aucun moyen disponible de le faire.

Sans doute, l'exception instaurée par le juge administratif contribue à unifier le droit de la commande publique, qui en matière de cas d'urgence justifiant la passation de concessions sans publicité exigeait d'être complétée. Pourtant, bien que cette exception protège le motif d'intérêt général d'assurer la continuité de service, elle peut être aussi regardée par les autorités concédantes en tant que la porte permettant de s'évader des obligations de publicité et mise en concurrence. Malgré une certaine précision de la formulation des circonstances dans l'arrêt *Sea Invest Bordeaux*, elle demeure susceptible d'être méconnue par ces autorités, estimant d'agir en cas d'urgence irrésistible et extérieur. Le Conseil d'État se révèle pourtant prudent dans son application, tenant compte du caractère exceptionnel de cette dérogation. Prenant en considération le statut incertain de l'exception pour le cas d'urgence dans l'optique du droit européen, la jurisprudence restera probablement réticente lors de son application.

4. Conclusions

Le présent article a eu pour but d'exposer l'urgence en droit des concessions face aux obligations de publicité et mise en concurrence et exceptions apportées par le législateur et la jurisprudence administrative. La complexité des règles procédurales régissant la publication préalable et finale ne revêt pas le caractère universel. Face à l'échec de la procédure régulière ou pour des raisons techniques, particulières, la concession peut être attribuée sans publicité ni mise en concurrence préalables. De plus, le juge administratif

a instauré une exception visant à assurer la continuité de service en cas d'urgence, irrésistible et indépendante de la volonté de l'autorité concédante.

Tant les obligations ci-dessus mentionnées, que les dérogations admises, donnent preuve de l'importance de l'unification du droit de concessions. Son régime juridique, bien qu'il soit simplifié par rapport aux marchés publics, doit répondre à plusieurs exigences imposées par les droits européen et interne. D'un côté, le respect des principes généraux de la commande publique, à savoir la liberté d'accès à la commande, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures, reste à l'origine de la directive «concessions» et possède en droit français la valeur constitutionnelle. De l'autre côté, les règles procédurales qui assurent ce respect sont parfois susceptibles de faire obstacle à la satisfaction des besoins de l'autorité concédante, relevant de l'intérêt général qui nécessite la protection. Bien que la législation en vigueur vise à installer un équilibre juridique parmi ces exigences, il a été possible de constater des lacunes dans sa construction, comblées aujourd'hui par le juge administratif. Pourtant, les solutions apportées par la jurisprudence se détachent de cet équilibre, faisant prévaloir l'intérêt général de la continuité de service qui justifie la dérogation au régime européen des contrats de concessions. Ce problème devrait être résolu non seulement à l'occasion de la codification planifiée du droit de la commande publique, mais aussi à l'échelle de l'Union européenne.

* * *

Urgence in the French Contract of Concession

The article's aim is to present the urgency as a motive that justifies conclusion of concessions contracts without subjecting them to publication and competition. Such exception from the general principles of concessions law was not included in the directive 2014/23/UE, contrary to public procurement directive. French Council of State, in its recent decisions in 2016 and 2016, planted urgency among other derogations to publication and competition obligations. This jurisprudence poses a problem of adaptation of such exemption in the scope of concession contracts law, which is regulated within secondary legislation of the European Union. The article exposes conflict between the importance of general principles of concessions law and regulations concerning publication and competitions procedures with the necessity to derogate, in some cases, to these procedures.

Key words: French law, contracts, concession

Weronika Braun¹

**Die Verfassung und die Nationale Identität
im polnischen, deutschen
und im Recht der Europäischen Union
(mit dem Schwerpunkt auf Judikative)**

**Tożsamość konstytucyjna i narodowa w prawie polskim, niemieckim
i Unii Europejskiej (ze szczególnym uwzględnieniem orzecznictwa)**

Streszczenie:

Tożsamość konstytucyjna to ostatnio jeden z szerzej dyskutowanych tematów w dziedzinie stosunków międzynarodowych w Europie. Termin ten wciąż się rozwija, ponieważ nie został wystarczająco omówiony w literaturze i orzecznictwie. W swoim artykule zwróciłam uwagę na prawa podstawowe (na przykład godność ludzka), które tworzą ogólne postrzeganie tożsamości narodowej dla prawa polskiego i niemieckiego, z uwzględnieniem konstytucji i ich interpretacji przez krajowe trybunały konstytucyjne. Konieczne było również odwołanie się do wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). Ujawniają one, że kraje rozszerzające zakres tożsamości konstytucyjnej mogą – zamiast przyczyniać się do wspólnego dobra – pogłębić dystans między narodami, a taka praktyka nie jest akceptowana przez TSUE.

Słowa kluczowe: tożsamość konstytucyjna, prawo konstytucyjne, prawo Unii Europejskiej

¹ Die Autorin ist Absolventin der Universität Warschau.

1. Einführung

Die Eigenschaft, die Europarecht von Internationales Recht unterscheidet und aus ihr ein Übernationalrecht macht, ist vor allem das Prinzip der Vorrangs von EU-Recht. Dies ist eine der wichtigsten Regeln, sie wird aber von den inneren Rechtssystemen der Mitgliedstaaten, die nicht alle ihre Zuständigkeiten an die EU zu übertragen, geschadet. Obwohl es am Anfang der Gründung der Europäischen Union klar war, dass diese neue Allianz eine nächste potentielle unangenehme Erfahrungen des Krieges verhindern und einen Wirtschaftsverbund schaffen sollte, so wurde doch das Konzept eines gemeinsamen Grundgesetzes und Föderalstaates abgelehnt (im Referendum über die Europäische Verfassung im Jahr 2005)². Demnach schien eine vollständige Identifikation mit den Ansichten der EU unmöglich, da jeder Staat stets seine eigenen Interessen und Werte, die tief in der Geschichte und dem Bewusstsein verankert sind, erreichen möchte. Der von dem Eingriff des EU-Rechts unverletzte Bereich wird in Artikel 4 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union deutlich und ist in dem Begriff „Nationale Identität“ enthalten.

Zunächst stellt sich die Frage nach der Bedeutung von „Identität“. Das Wort stammt aus dem Lateinischen und bedeutet „dasselbe“, „derselbe“, die „Echtheit einer Person“ oder „Übereinstimmung mit dem, was sie ist oder als was sie bezeichnet wird“³. Es ist an dieser Stelle aber interessant, dass auf Polnisch das Wort Identität mehr nach „Gleichheit“ klingt, um „Selbstbestimmung“ zu beschreiben benutzt man vielmehr das Wort „tożsamość“. Ich werde mich in der vorliegenden Arbeit mit zwei Identitäten beschäftigen: mit Nationale Identität, die auf Ebene des staatlichen Feldes benutzt wird und Verfassungsidentität, die mehr mit Gesetzen der Europäischen Union und Rechtsprechung zu tun hat. Der erste Begriff beinhaltet in sich selbst die zweite Verfassungsidentität, die einen kleineren Teil bildet. Die Definition von Nationaler Identität im weiteren Sinne kann für die Bezeichnung der Osteuropäischen Länder problematisch sein. Diese Länder funktionieren aufgrund ihre Geschichte vor langer Zeit entweder ohne Staatlichkeit oder mit so begrenzter Staatlichkeit, dass ohne Souveränität und Autonomie, die diese Identität bekräftigen könnten, es schwer ist, sie zu beschreiben. Da muss man sich jetzt eine wichtige Frage stellen: Ist nationale Identität etwas Unverändertes und Stetiges? Wenn man von einem Rechtsstaat ausgeht, der auf dem Demokratie- und Pluralismusprinzip basiert, kann sie dann gemeinsame Werte für das ganze Volk darstellen? Und ist damit eigentlich nur eine Verfassung Identität in jedem Staat? Dieser Bereich ist so vielschichtig und komplex, dass er in das Feld der Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie hineinreicht.

Die Rechtfertigung für die Inklusion der „Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten“ in den Teil des Europarechts als allgemeinem Grundsatz steht in Artikel 6

² Vgl. S. Parzymies: Czy Unia Europejska może stać się Federacją Europejską? Pierwsze Sympozjum im. Ministra Krzysztofa Skubiszewskiego poświęcone polityce zagranicznej RP Między Europą ojczyzną a federacją: fałszywy dylemat europejskiej integracji. <http://www.skubi.net/parzymies.html>, 2.02.2018.

³ <http://www.duden.de/rechtschreibung/Identitaet>, 2.02.2018.

Absatz 3 EUV. Der Begriff „Allgemeine Grundsätze“ stellt diese Regeln auf den Status des primären Gemeinschaftsrechts. Ihm gehören auch die Regeln, die beim Europäischen Gerichtshof aufgelegt sind (allgemeine Rechtsgrundsätze) und in jedem demokratischen Land gültig sind (wie zum Beispiel: Rechtssicherheit, Institutionelles Gleichgewicht) an. Sie zu garantieren und beachten ist Aufgabe jedes Mitgliedstaates. Das also stellt die Verfassung jedes Mitgliedstaats in eine privilegierte Position, als einen Bruch des gemeinsamen Europarechts. Diese verantwortungsvolle Rolle, die die Verfassungen spielen, muss aber klar gemacht werden. Wie auch bei Auslegung des Innenrechts kann man auch hier am meisten von Gerichtsentscheiden erfahren.

2. Identitätsbildende Werte

Bevor von mir eine Urteilsbesprechung durchgeführt wird, möchte ich unterstreichen, dass die Verfassungsidentität nicht komplex bzw. nicht besonders ausführlich in der Literatur beschrieben wird. Als sehr umfangreiche und generelle Klausel muss sie ganzheitlich verstanden werden, das heißt die Auslegung soll sowohl alle Werte, die als wichtigste in Verfassungsvorschriften genannt wurden, als auch diese, die die Gedanken von Grundgesetzgebern waren, aber nicht in Normen gekleidet wurden, beinhalten. Als die zwei Rechtsgüter, die am meisten Identität ausgeprägt haben, empfinde ich Gemeinwohl (in der polnischen Verfassung) und Menschenwürde (sowohl in der deutschen als auch der polnischen Verfassung).

2.1. Gemeinwohl

Zunächst möchte ich auf den Zusammenhang von Werten, die in der Präambel erwähnt wurden, und Normen im Verfassungsinhalt, mit denen sich das Verfassungsgericht in den im Folgenden beschriebenen Urteilen beschäftigt hat, eingehen. Grundlegende Bedeutung enthält meiner Meinung nach der Begriff „das gemeinsame Gut aller Staatsbürger“. Die Erwähnung des Gemeinwohls (gemeinsames Gut) in der Präambel bedeutet nicht nur, dass es das Ziel ist, das dem Verfassungsgesetzgeber vorschwebt. Seine normative Bestätigung findet man in Artikel 1 und er wird für mehrere spezifische Bereiche bestätigt, wie bei der Zusammenarbeit zwischen Kirche und Staat (Art. 23 Abs. 3) und auch für einige der verfassungsrechtlichen Bürgerpflichten – Sorge um das Gemeinwohl (Art. 82). Eine Begriffsklärung wird nur in rechtlicher Literatur gefunden, auch ist es in keinem Artikel der Verfassung oder des Gesetzes erklärt. Deshalb sollte man sich auf die Ursprünge des Begriffs fokussieren. Es ist unumstritten, dass man sich damit zuerst in der antiken griechischen Philosophie beschäftigt hat. Dann aber war „Gemeingut“ von großer Bedeutung für die soziale Wissenschaft der katholischen Kirche (*społeczna nauka Kościoła Katolickiego*)⁴. Die Verfassungsgeber haben offensichtlich zu dieser Quelle bei der Grundgesetzgebung gegriffen. Gemeingut ist hiernach: „die Summe jener Bedingungen des gesellschaftlichen Lebens, die Einzelpersonen, Familien und Organisationen mehr in vollem Umfang

⁴ Vgl. M. Piechowiak, *Dobro wspólne jako fundament polskiego porządku konstytucyjnego*, Warschau 2012, S. 49.

ermöglichen kann und leichter ihre eigene Vollkommenheit erreichen. Dabei geht es vor allem um die Achtung der natürlichen Rechte und Pflichten der menschlichen Person“⁵. Die Auslegung ist von zentraler Bedeutung, weil je mehr die Regel ein allgemeines Rechtssystem betrifft, desto größere sind die Chancen durch deren Auslegung materielle Grenzen der Verfassungsidentität zu übergehen⁶.

Das Verfassungsgericht hat sich aber nicht so oft mit diesem Begriff beschäftigt, weil der Kläger normalerweise die Einräumung des Rechtsguts, das ihm selbst und nicht der Allgemeinheit zusteht, erreichen möchte. Ein von dem Urteil wurde von Gemeinden hervorgerufen, die Vorwurf erhoben haben, dass sie durch natürliche Personen die von „Gesetz über Umwandlung der Dauerhaftes Nutzungsrecht in Eigentumsrecht“ verletzt sind. Dort hat das polnische Verfassungsgericht gesagt, dass der Erwerb von Eigentumsrecht nur bei Personen die vor gelegentlich ausgewählte Datum Dauerhaftes Nutzungsrecht erhaltet, stellt als Ziel keine Gemein Gut, sondern Bereicherung einige Mitglieder der lokale Gemeinschaft auf Kosten der Gemeinsamkeit (*wspólnota*)⁷.

In dem anderen Urteil war diese grundlegende Regel zu Beginn der Ausführung zitiert. Dort war es zusammen mit Art. 2 (Rechtsstaatsprinzip) und Art. 30 (Menschenwürde) als Begründung der rationalen Handlung des Gesetzgeber und dass er nicht Unsicherheitsgefühl über seine zukünftigen Handlungen durch seine Rechtslösungen verurteilen kann. Auch hier war es die erwähnte öffentliche Sphäre- Unterschieden zwischen Entlohnung für Verwaltungsbeamte⁸. In der Rechtsprechung über den Zutritt zur Europäischen Union und Lissabon-Vertrag bildet „Gemeinwohl“ einen Teil der Verfassungsidentität. Im Urteil vom Jahr 2005 über den Zutritt zur EU argumentiert das Verfassungsgericht, dass „Gemeinwohl“ eigentlich das Ziel für den Eintritt von Polen war. Als letzte Entscheidung werde ich eine als Antwort auf das Gericht nennen, die sich mit Strafprozess beschäftigt hat. Ehre (Hochachtung) war dort als eine eng mit Menschenwürde verbundene Kategorie beschrieben. Das Bundesverfassungsgericht schrieb auch, dass Menschenwürde eng mit dem Gemeingut- Begriff verbunden ist. Denn wenn jemand die Hochachtung antastet, dann tastet er dadurch auch die grundlegende soziale und staatliche Ordnung an. Deshalb war dieses Verbrechen nicht nur in Zivil sondern auch im Strafgesetzbuch sanktioniert als solche, die bei dem Staat geschützte Würde stört⁹.

2.2. Menschenwürde

Nun soll näher auf die Menschenwürde eingegangen werden. Diese ist zweifellos die wichtigste Regel des demokratischen Staates und stammt von Antiken Disputen.

⁵ A. Grześkowiak, *Stenogramm von dritten Treffen des Nationalversammlung. 2 Amtszeit 1 Tag* (24.02.1997).

⁶ Ebd. S. 25–26.

⁷ Vgl. Polnische Verfassungsgerichtsurteil vom 12.04.2000, K. 8/98, S. 31.

⁸ Vgl. Polnische Verfassungsgerichtsurteil vom 21.02.2006, K 1/05, S. 6.

⁹ Vgl. Polnische Verfassungsgerichtsurteil vom 30.10.2006, P 10/06, S. 26.

Im antiken Griechenland bei Stoiker funktionierte die Sentenz: *homo homini res sacra*¹⁰. Im Gegensatz zum Gemeinwohl, ist es etwas angeborenes und individuelles, die Basis für alle anderen Grundrechte und Prinzipien. Die Zahl von 320 Ergebnissen mit dem Begriff „Menschenwürde“ in Bundesverfassungsgericht-Entscheidungen spricht für die Gewichtigkeit dieser Norm. Das bestätigt das Bundesverfassungsgericht zum Beispiel im Satz: „Das Grundgesetz sieht die freie menschliche Persönlichkeit und ihre Würde als höchsten Rechtswert an“¹¹. Interessant erschien mir die Entscheidung über lebenslange Freiheitsstrafe. Das Bundesverfassungsgericht hat erklärt, dass diese Strafe nicht die Menschenwürde verletzt, wenn es verhältnismäßig auferlegt ist¹². Es wurde argumentiert, dass gemäß gegenwärtigen Stand der Erkenntnisse man nicht sicher über den Einfluss auf Psychiker oder Physik die so groß sind die ohne Zweifel irreparablen Schäden verurteilen die Menschenwürde verletzen können¹³. In einem anderen, mehr aktuellen Urteil hat er auch zugestimmt, dass die Menschenwürde nicht verletzt war. Es galt für eine Werbekampagne von einem Kleidungsunternehmen die ein nacktes Gesäß mit einem „HIV positiv“ Stempel gezeigt hat. Gemäß Bundesverfassungsgericht benennt die Anzeige das Elend der Aidskranken und überlässt dem Betrachter die Interpretation. Hier war der Eingriff nicht so stark, dass es verboten sein soll¹⁴.

Von polnischen Verfassungsgerichtsurteilen kann man ein Beispiel nennen über das Publizieren in Gesetzblatt die Namen von den Ämtern die in den Jahren 1944–1990 mit staatlichen Sicherheitsbehörden (*Śłużby Bezpieczeństwa*) mitgearbeitet haben. Ein polnischer Ombudsmann hat seine Meinung geäußert, dass durch solche Veröffentlichungen diejenigen die unter Druck dadurch gearbeitet haben und diese die freiwillig mit der kommunistischen Regierung mitgearbeitet haben, gleich betrachtet werden. Aber gemäß Bundesverfassungsgericht wurde nicht genau unterschieden zwischen Menschenwürde und Recht auf Privatleben und dieses Privatleben ist mit Durchleuchtung besonders beschränkbar, wenn es um eine öffentliche Person geht die staatliche Funktionen ausübt¹⁵.

3. Verfassungsgericht Urteile

Identität als sich selbst ist in der Rechtsprechung erst ganz spät erschienen. Erst mit Eintritt in die Europäische Union, weil nur durch so eine nahe, früher nie dagewesene Vereinigung mussten die Nationen ihr Dasein (Wesentlichkeit) definieren.

¹⁰ M. Sadowski, *Godność człowieka – aksjologiczna podstawa państwa i prawa*, Breaslau 2007, S. 11, <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/21952/002.pdf>, 2.02.2017.

¹¹ Vgl. BVerfG 30, 39 – Abhörurteil.

¹² Vgl. BVerfG. 180,191 – Lebenslange Freiheitsstrafe.

¹³ Vgl. BVerfG. 45,187 – These 2, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv045187.html>, 2.02.2018.

¹⁴ Vgl. Beschluss vom 11.03.2003 – 1 BvR 426/02, 29.

¹⁵ Vgl. Polnische VerfG Urteil vom 5.03.2003, K 7/01.

Das Polnische Verfassungsgericht hat sich mit der Klage die bei der Gruppe von Abgeordneten gestellt wurde beschäftigt. In dieser Frage scheint das Problem am Mangel von geeigneten Innenverfassungsorganen (*Sejm* und *Senat*) die am Gesetzgebungsprozess teilnehmen zu liegen und das es zu Blankettkompetenz der Europäischen Union mit der Verletzung von internem Verfassungsrecht führt. Furcht erweckt auch der Missklang zwischen Artikel 8 Absatz 1 der Verfassung „Die Verfassung ist das oberste Recht der Republik Polen“ und Artikel 9 „Die Republik Polen befolgt das Völkerrecht, das für sie verbindlich ist“ weshalb die Abgeordnete meinten, dass das neue Gesetzgebungsverfahren verfassungswidrig ist. Diese Problematik wurde auch in früheren, mit dem Beitritt von Polen, Urteilen angesprochen¹⁶. Dort hat das Verfassungsgericht gesagt, die Rechtsfolge von Eintritt des Artikel 9 in die Verfassung ist die Vermutung, dass außer innerstaatlich formulierte Normen, vom international Gesetzgeber gestellt sind. Neben den inneren Rechtsakten stehen die internationalen Rechtsakte. So kann man nicht sagen, dass es um eine episodische Verordnung nur zum Nutzen des Beitritts der Polnischen Republik zu der Europäischen Union geht. Er hat den Begriff „Mehrkomponentlichkeit“ (Multizentrischkeit)¹⁷ des polnischen Rechtssystems benutzt. Das heißt nicht nur, dass wir durch Volksrecht verbunden sind sondern auch, dass innerhalb Polens verschiedene Gerichte sind deren Rechtsprechung andere Teile des Rechts erfasst¹⁸ und praktisch nicht immer einander Auslegungen und Gedankenlauf akzeptiert. Die Einführung von Mehrkomponentenstruktur der Regelungen war unter Einhaltung eines besonderen Verfahrens zur Regelung der Verfassung von der Nationalen Versammlung und wurde in einem nationalen Referendum über die Verfassung angenommen.

In der Antwort vom Jahr 2010 über die Verfassungsmäßigkeit des Vertrags von Lissabon argumentiert das Verfassungsgericht, dass der Beitritt Polens zur Europäischen Union die Perspektive auf dem Prinzip der höchsten Rechtskraft der Verfassung ändert (Art. 8 Polnische Verfassung), ist aber keine Beanstandung des Prinzips. Nach Auffassung des Verfassungsgerichts führen Verpflichtungen einzugehen und sie zu erfüllen nicht zum Verlust oder Einschränkung der staatlichen Souveränität, sondern sind die Bestätigung dafür. Die Mitgliedschaft in den europäischen Strukturen ist keine Begrenzung der staatlichen Souveränität, sondern es ist vielmehr ihr Ausdruck.

Um es auf dem Punkt zu bringen wird der Begriff der Verfassungsidentität in folgender Regel erklärt: das sind die „Kompetenzen deren Übertragung verboten ist“, das sind „Bestimmungen die beschreiben Primärvorschriften der Verfassung und die Bestimmungen über die Rechte des Einzelnen, insbesondere der Forderung des Schutzes der Menschenwürde, Grundrechte, Staatlichkeit Regel, Demokratieprinzip, Rechtsstaatprinzip, das Prinzip der sozialen Gerechtigkeit, der Grundsatz der Subsidiarität, bessere Verwirklichung der Verfassungswerte (zu dem das

¹⁶ Vgl. Polnische VerfG Urteil vom 11.05.2005, K 18/04.

¹⁷ Auf polnisch „multicentryczność“.

¹⁸ E. Łętowska, *Zapewnienie skuteczności orzeczeniom sądów międzynarodowych*, Europejski Przegląd Sądowy 10/2010, S. 26.

Verfassungsgericht auch „Sorge für Existenz und Zukunft unserer Heimat“¹⁹ zählt) und das „Verbot der Übertragung der Staatsformgebung und Kompetenz um Kompetenz zu schaffen“²⁰. Hier möchte ich eine längere Überlegung führen, weil das Feld das das Verfassungsgericht betont ist ganz umfangreich und besteht aus verschiedenen Fragestellungen. Zuerst führt die Rechtstheorie Thesen über „Harte Kern“ an, die konstante Werte der Verfassungsordnung sind. Als etwas unveränderliches steht dieser Kern als Schranke zum Beispiel der Verfassungsrevision. Eine ähnliche Auslegung wurde in Hans Haugs' Begründung erfasst, der sagt, dass sie sich unter die „Sphäre der Idealität, der objektiven Werte, die wir im Begriff Gerechtigkeit zusammenfassen“²¹ lassen. Also die Werte der verwirklichten Gerechtigkeit in gegebenem Land. Für die polnische Verfassung spielt für die Identität nach dem Verfassungsgericht die Präambel der polnischen Verfassung eine wesentliche Rolle. Er sagt, dass dort die Richtung der Auslegung andere Werte zu verstehen ist. Nur im ersten Satz der Präambel kann man lesen, dass die Betonung auf die Souveränität gelegt ist, die vor Jahren in Polen nicht möglich war und auch auf Demokratie, die durch Ausdruck des Willens der Nationen garantiert ist. Diese sind besonders in Art. 4 (über Vorrang des Willens der Nation und mittelbare und unmittelbare Formen bei denen es diese Macht führt) und Art. 5 (unter anderem Pflicht die des Staates Integrität und Souveränität zu schützen) normativ betont. Die Verfassungsidentität ist eng mit der Nationalen Identität, die auch Tradition und Kultur umfasst verbunden. Das Verfassungsgericht nennt die früher von mir erwähnten Artikel 8, Artikel 90 und Art. 91 über die Staatsvertrag Ratifizierung und beschreibt sie als „Normativen Anker“, die stabile Punkte der staatlichen Souveränität absichert. Die Betonung ist sehr stark auf die Präambel der Verfassung gelegt, die im ersten Satz über die Erlangung im Jahr 1989 die Möglichkeit um souverän und demokratisch zu entscheiden spricht. Souveränitätsprinzip ist nach der Meinung des Verfassungsgerichts die Verleihung von Verfassungsnormen und Schutz von Befolgung, Rechtsprechung und Macht über das eigene nationale Territorium und die Streitkräfte. Demnach kann man mit Artikel 90 nicht nur einmal und gänzlich die Kompetenzen der Internationalen Organisation übergeben, sondern bei qualifizierter Mehrheit und Prozedur, nur zum Teil und nur in „bestimmten Angelegenheiten“.

Diese Argumentationslinie hat mich nicht vollständig überzeugt. Als ein Hilfsmittel und zur klaren Darstellung des Themas ist die Meinung von Professor Mirosław Granat, der Richter des Polnischen Verfassungsgericht²², in seiner abweichenden Meinung zu dem Urteil²³.

¹⁹ Präambel der Polnische Verfassung.

²⁰ Band L „Wybrane orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego związane z prawem Unii Europejskiej (2003-2014)“, Polnische VerfG Urteil vom 24.11.2010, L 32/09, S. 305, http://trybunal.gov.pl/uploads/media/SiM_L_PL_calosc.pdf.

²¹ C. Winterhoff, *Verfassung- Verfassunggebung- Verfassungsänderung*, Tübingen 2007, S. 177.

²² Seit April 2016 im Ruhestand.

²³ Vgl. Abweichende Meinung der Richter Mirosław Granat zur Begründung der Verfassungsgericht Urteil vom 24.11.2010, K 32/09.

Die Sache geht um die Aufklärung der Bedeutung des Artikels 90 der das Verfahren für die Ratifizierung eines internationalen Vertrages, der „einer internationalen Organisation oder einem internationalen Organ die Kompetenz von Organen der staatlichen Gewalt in bestimmten Angelegenheiten übertragen“ beschreibt. Seiner Ansicht nach zeigt die Verfassung das Grundwertesystem und die Aufgaben des Staates. Heutzutage haben die Länder selbst (allein) weniger Fähigkeit um sozioökonomischen Probleme und Krisen zu lösen. Aus diesem Grund scheint nach Meinung der Verfassungsgebers in manchen Gebieten und Situationen die Teilnahme in internationalen Organisationen nötig. Das ist eine Möglichkeiten des Staates, die Aufgaben die die Verfassung auferlegt zu erfüllen. Daraus folgt, dass der Staat richtig beurteilen muss, welche Aufgaben besser auf staatlicher Ebene erreicht werden und welche auf EU-Ebene (wie in Subsidiarität Regel). Telos, die daher aus Artikel 90 der Verfassung ableitet ist die Effizienz der Handlungen. Der Autor dieser abweichenden Meinung definiert die Bedeutung des Ausdrucks „die Übertragung des Kompetenz von Organen der staatlichen Gewalt“ durch die folgenden Merkmale: Herrisches Wesen/ Hoheitlichkeit (der Kompetenzen), sind im Bereich der Regieren in Polen, unterliegen ihm die Einzelnen (Natürliche, Juristische Personen in Polen), ermöglichen (durch Gesetze) Belegungen der Pflichten direkt auf die Einzelnen.

Meiner Meinung nach war diese abweichende Meinung wichtig zu erwähnen, weil es ein besseres Verständnis für die Bedeutung und den Zweck der Rechtsvorschrift ermöglicht. Damit stellt sie die Grenze, ab deren es mit einer untrennbaren Verfassungsidentität anfängt.

4. Bundesverfassungsgericht Urteile

Das polnische Verfassungsgericht bezieht Stellung zum deutschen Bundesverfassungsgericht, das sich als „Wächter“ der Verfassungsidentität definiert hat und dem „nicht die Verantwortung für die Grenzen ihrer verfassungsrechtlichen Integrationsermächtigung und die Wahrung der unverfügbaren Verfassungsidentität genommen werden“²⁴. Zu wesentlichen Bereichen demokratischer Gestaltung gehören nach dem Bundesverfassungsgericht unter anderem

die Staatsbürgerschaft, das zivile und militärische Gewaltmonopol, Einnahmen und Ausgaben einschließlich der Kreditaufnahme sowie die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Eingriffstatbestände, vor allem bei intensiven Grundrechtseingriffen wie dem Freiheitsentzug in der Strafrechtspflege oder bei Unterbringungsmaßnahmen. Zu diesen bedeutsamen Sachbereichen gehören auch kulturelle Fragen wie die Verfügung über die Sprache, die Gestaltung der Familien- und Bildungsverhältnisse, die Ordnung der Meinungs-, Presse- und Versammlungsfreiheit oder der Umgang mit dem religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnis²⁵.

²⁴ Bundesverfassungsgerichts Urteil vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, These 336.

²⁵ Ebd., These 249.

Es wird deutlich, dass das deutsche Verfassungsgericht die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof sehr sorgfältig beobachtet und schätzt, da es seine „Verfassungswächter-Rolle“ ernst behandelt. Es ist wichtig für das Verfassungsgericht und die Rechtsprechung die Entwicklung des Konzepts der Grundrechte in der EU zu beobachten und sie zu bewerten. Als Beispiel dieser Betrachtung kann man die erste, am meisten bekannte Entscheidung aus dem Jahr 1974, nennen. Noch ein anderes bekanntes Urteil indem das deutsche Verfassungsgericht wegen Verringerung von Verfassung (im Vergleich zu EU-Recht) nicht zugestimmt hat, ist das Internationale Handelsgesellschaft Urteil²⁶. Für deutsche Verfassungsrechtler ist die Ewigkeitsklausel aus dem Artikel 79 Absatz 3 eine wichtigste und volkrechtliche in seinem Konsequenzen. Diese Vorschrift öffnet auch das Thema über Veränderungen der Verfassung. Wenn es klar ist, in welcher Prozedur man die Verfassung geben soll, ist es aber nicht so deutlich in wie fern man sie ändern kann (materielle Begrenzungen)²⁷. Hier könnte man über die Rolle von anderen „Wächter“ überlegen, der zwar nicht so bei dem vertretenden Verfassungsorgan genannt war, sondern bei dem verfassungsrechtlichen Theoretiker J.H.H. Weiler. Seiner Meinung nach sind diese Wächter die einzelnen Personen („the principal «guardians» of the legal integrity of Community law within Europe”)²⁸. Er nennt vier Möglichkeiten von Klagegründen über Verstoß gegen Recht: Einreichung der Petition an Europäisches Parlament, Einreichung der Klage an Europäische Kommission, SOLVIT System, die Fähigkeit, Verletzungen des EU-Rechts durch ein nationales Gericht zu überprüfen. Man könnte argumentieren, dass ihre Rolle nur auf den Grundsatz des Schutzes der Rechte durch das Gemeinschaftsrecht garantiert ist, nicht aber auf den Schutz der Verfassung von jedem Mitgliedstaat. Jedoch wäre eine solche Definition sehr vage und oberflächlich. Nach deutschem verfassungsrechtlichem Verständnis von „Verfassungsidentität“ konnten sich diese zwei Schutzbereiche nicht völlig decken. Dies sind beide unterschiedliche Themen: wonach der Bürger strebt ist ihm Rechte zu gewähren, die nicht ausreichend durch den Staat garantiert wurden. Wonach der Staat strebt ist bei der Erfüllung ihrer Aufgaben die Verfassungsidentität zu schützen. Es ist erwähnenswert, dass beide Subjekte in verschiedenen Sphären funktionieren/ handeln – Individuale Personen nur in der ersten Pilar und der Staat in jeder von drei EU Pilaren. Nach dem Vertrag von Lissabon, die Nomenklatur und Aufteilung in Säulen war verschwommen. Allerdings weiß man immer noch, wofür die zweite steht. Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik ist meiner Meinung nach der Bereich, der am besten die Haltung der Staaten bei der Integration zeigt und das besonders in schwierigen Situationen. Als Folge der aktuellen Konflikte im Nahen Osten und die vielen nach

²⁶ R. Arnold, *Orzecznictwo niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego a proces integracji europejskiej*, *Studia Europejskie* 1/1999.

²⁷ J.H.H. Weiler, *The constitution of Europe 'Do the New clothes have an Emperor' and other Essays on European Integration*, Cambridge University Press 2005, S. 20.

²⁸ D. Karwala, *Wokół „europejskiej konstytucji” – transformacja Europy według Josepha H. H. Weilera*, *Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ* 2/2009, S. 9.

Europa fliehenden Flüchtlinge wird sichtbar, dass der Staat reif für die Umsetzung der Grundsätze der Solidarität und Loyalität ist und diese Säule untermauert.

5. Vergleich beiden Verfassungsgerichtens Meinungen

Während das polnische Verfassungsgericht so generell wie möglich Nationale Identität beschreibt, vertritt das Bundesverfassungsgericht die Position die am meisten für die ehemalige zweiten Säulen Aufgaben (zivile, militärische Gewalt), dritten Säule (Strafrechtspflege, Unterbringungsmaßnahmen) und politische Freiheiten- Meinungs-, Presse- und Versammlungsfreiheit oder mit Eigentum verbundene Kreditdisponierung steht. Warum sind die prinzipiellen Grundrechte als Ausnahme der Verfassungsidentität nicht gehalten? Ich behaupte, dass Deutschland lässt nicht letzte Wort zu sagen für EU, sondern es war früher, durch Solange Urteile erwähnt, dass es wird für die EU verlassen nur, wenn das Niveau des Grundrecht Schutz mindestens so gut als bei deutsche Verfassung geschützt sein wird.

In der polnischen Verfassungsrechtsprechung sind es aber grundlegende Grundrechte wie Menschenwürde und dazu staatsstrukturelle Regeln. Bedeutet es vielleicht auch, dass wir mehr Angst haben, dass polnische Staatlichkeit durch EU gefordert sein konnte?

Ich bin darüber nicht sicher – Paragraph 340 der deutschen Integrations Klausel (Lissabon Entscheidung) bestätigt, dass das Verfassungsgericht beobachtet, ob Art. 23 in Beziehung mit Art. 17 zu beachtet ist. Das lässt aber keine Sorgen, weil es anderen Sicherheitsstandard ermöglicht. Besonders wenn es ex ante funktionieren kann, ist es möglich früher eine Ermächtigung der Europäischen Union in Zukunft zu verweigern. Solche Meinungen sind also auch Instrumente der Staaten die immer Wächter ihrer Souveränität sein mochten²⁹.

6. Polnische Gerichte Urteile

Ist ein Teil der Verfassungsidentität nicht im Prinzip für jede Verfassung in den Entscheidungen des Verfassungsgerichts erwähnte Grundrechte Komplex? Mit sie jeden Tag betreiben viele Gerichte, weil ihre Zustand ist mit den Klagen über Rechtsverletzung sich zu beschäftigen. Zu diesen Grundrechten sollte zum Beispiel Gesundheitsschutz gerechnet werden, dem von der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9 März 2011 auf die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung garantiert werden soll. Ihre Umsetzungsfrist war nicht bis 25 Oktober 2013 erfüllt und deswegen hat ihr Mangel von Transponierung direkte Verwendung in einem Fall über die Erstattung von Krankheitskosten gefunden. Also in diesem Fall ist die Verwendung von Recht der Europäischen Union eigentlich ein Schutz des Patienten und seiner Grundrechte zu Gesundheitsschutz,

²⁹ M. Wyrzykowski, *European Parliament and National Parliaments. Europe's Constitutional Challenges In the Light of the Recent Case Law of National Constitutional Courts, Lisbon and Beyond*, (European Constitutional Law Network-Series vol. 8), Baden-Baden 2011, S. 242–245.

die von innerer Verfassung garantiert sind. Solche Situationen sind zum Beispiel sogenannten „weiche Lösungen“³⁰, wo es um die Suche nach „Kontaktstellen“ im europäischen und nationalen Rechtssystem geht zu denen gehören: die Zusammenarbeit von inneren und europäischen Institutionen, die Auslegung der Normen von EU-Recht freundlich ist, Verzögerung bis zum Inkrafttreten der Entscheidung, um Zeit anzupassen zu geben.

Große Erfahrung mit der Verwendung des EU Recht haben die polnischen Verwaltungsgerichte. Sie haben hier meistens die Rolle des Bürgerschützern. Die Gerichte haben eine Art Regel erstellt für Kollisionen polnischen Nationalrechts mit EU-Vorschriften und bezeichnen auf diese Weise die Grenzen der Interpretation des Pro-EU zu lösen. Ein Beispiel ist die Rechtsprechung des Obersten Verwaltungsgerichts, das in der Verfassung der Republik Polen angenommen für die Nutzung der Interpretation pro-Verfassung in Konfliktfällen wann EU Recht Auslegungsterpretation mit den Lösungen die aus Verfassung abgeleitet sind, wenn Annahme der Union-freundliche Interpretation Pflichten auf Steuerzahler die nicht in nationales Recht direkt unausgesprochen waren, da diese Vorschriften verstießen gegen Artikel 217 der Verfassung, der das Gesetzesvorbehalt egal für Finanzielle Belastungen des Burgers spricht³¹.

7. Europäische Unions Gerichtshof Urteile

Der Begriff „Nationale Identität“ hat sich in der Rechtsprechung des EuGH auch in teilweise in polnischen Gerichtssache wie in der Entscheidung C 391/09 *Runevič Vardyn* vom Jahr 2011 entwickelt. Es handelt sich um einen Bürger von Litauen, der der polnischen Minderheit angehört und versucht, die Schreibweise seines Namens auf der Geburtsurkunde und Heiratsurkunde auf die Rechtschreibung der polnischen zu ändern. Das Problem ist, dass es das Prinzip der Freizügigkeit behindert, weil das Ehepaar mit seinem Sohn in Belgien lebt und das Kind die doppelte Staatsbürgerschaft und Doppelzählungen des Nachnamens hat – polnischen und litauischen und auch die Frau Schwierigkeiten hat, „Personenstandsurkunden verwenden müsse, in denen ihr Vor- und ihr Nachname nicht in der polnischen Schreibweise angegeben seien und damit nicht die Art ihrer Beziehung zum Kläger des Ausgangsverfahrens oder gar zu ihrem Sohn widerspiegeln“³². Die litauische Regierung wies darauf hin um die Notwendigkeit als ein Element der nationalen Identität zu beachten, die die litauische Sprache ist. Der EuGH stimmte dieser Position zu und erklärte, dass nach Art. 4 Abs. 2 EUV „achtet die Union auch die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten, zu der auch der Schutz der offiziellen Landessprache des Staates gehört“³³.

³⁰ A. Chmielarz, *Funkcja prawa konstytucji na przykładzie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 roku*, Warschau 2011, S. 167–183.

³¹ Das ist zu sehen in Urteilen: I FSK 600/07 vom 13.5.2008; I FSK 743/07 vom 25.6.2008; I FSK 922/08 vom 24.9.2008.

³² EuGH Urteil C-391/09 vom 12.05.2011. These 58.

³³ Ebd. These 86.

Die Mitgliedstaaten probieren ihre Autonomie durch die Ausnahme der vier Freiheiten durchzuführen. Andere Beispiele dafür kann man in den Urteilen *Schmidberger v. Österreich* und *Omega Spielhallen* beobachten. Dort geht es um den Konflikt zwischen den Grundrechten und fundamentalen Marktfreiheiten. Im Großen und Ganzen ist dies die Behandlung nationaler legitimer Interessen (z B. der verstärkte Schutz der Grundrechte in den vorgenannten Fällen) als Attribute der „nationalen Identität“³⁴.

Meiner Meinung nach, das beste Beispiel für das Feld an denen Länder ihre Identität und weltanschauliche Unterschiede vernünftig und erfolgreich begründen können, ist die Ausnahme der öffentlichen Sittlichkeit. Er bezieht sich auf den Bereich der moralischen, religiösen, ethischen und kulturellen Werte der Mitgliedstaaten und ermöglicht den Einsatz von Maßnahmen den freien Warenverkehr zu beschränken³⁵.

Eines der Muster-Urteile über die Ausnahme der öffentlichen Sittlichkeit, die bei Polen erhoben wurde, ist das Urteil C-165/08 über den Anbau der genetisch modifizierten Pflanzen. Das Europäische Tribunal hat jedoch nicht ausreichende Begründung für diese Ausnahme gefunden, da sie mit Ausnahme der Gesundheit und der Umwelt aufgerufen wurde und die fraglichen nationalen Vorschriften nicht darauf hingewiesen haben, dass das polnische Gesetz „ein christliches und humanistisches Verständnis des Fortschritts und der Entwicklung, das Respekt gegenüber dem Entwurf der Schöpfung und die Suche nach einer Harmonie zwischen dem Menschen und der Natur gebiete, und schließlich auf christliche und humanistische Grundsätze betreffend die soziale Ordnung, da die Reduzierung lebender Organismen auf den Rang eines Produkts zu rein kommerziellen Zwecken insbesondere die Grundlagen der Gesellschaft untergraben könnte“³⁶ enthält. Unzureichende Argumentation von seiner Stellung und der Mangel an Kohärenz mit ihr in dem streitigen Gesetz bestimmt die Niederlage der Berufung auf diese Ausnahme. Allerdings suchen mehr im Großen und Ganzen zu diesem Thema und andere wie diese³⁷, können Sie das im Grunde auf die Ausnahmen von den Freiheiten (insbesondere die Freizügigkeit von Waren) ist nichts anderes als ein Wunsch, ihre Interessen zu verteidigen die von einem Gefühl des Besonderheit und Verfassungsidentität entstehen.

8. Zusammenfassung

Insgesamt, habe ich versucht in meiner Arbeit zu zeigen, was für Bedeutung Verfassungsidentität hat. Im XXI Jahrhundert der Internationalen Beziehungen in Europa geht es nicht mehr um die physikalischen Grenzen des Landes, sondern um sorgfältige Begrenzung der Begriffe. Wenn sie ständig nicht nur in privatem Recht (durch

³⁴ T. Konstadinides, *The Constitutionalisation of National Identity in EU Law and its Implications*, <http://uaces.org/documents/papers/1301/konstadinides.pdf>, 2.02.2017.

³⁵ D. Bach-Golecka, *Unia Europejska Pomiędzy Wspólnotą Wartości a Wartością Wspólnoty* [in:] *Traktat z Lizbony- Wybrane Zagadnienia*, Warschau 2012, S. 70.

³⁶ EuGH Urteil C-165/08 vom 16.07.2009, These 31.

³⁷ Vgl. die verschiedene Urteile des EuGH wie vom 11.03.1986 – 121/85 *Connegate* oder vom 14.10.2004 – C 36/02 *Omega*.

Mediationen und Arbitrage) sondern auch in öffentlichem Recht an Grund der Diplomatie an Bedeutung gewinnen (die Begriffe), ist es die ernsthafte Rolle des Verfassungsgericht von jedem Staat die Merkmale der staatlichen Identität und Einigkeit zu definieren.

Wie ich erwähnt habe, ist dieses Wort ganz „jung“ und nicht oft in Literatur und Rechtsprechung benutzt worden. Deshalb probierte ich seine Bedeutung mit anderen, ihm grundlegenden Rechtsgüter zu definieren.

Zuerst habe ich hingewiesen, was die Werte der beiden von mir in dieser Arbeit bearbeiteten Länder sind. Als erstes die Menschenwürde, die das wichtigste Rechtsgut im deutschen und auch im polnischen Rechtssystem ist. Das ist der Kern der Menschlichkeit, der jedem gehört unabhängig von seinen Eigenschaften und Fähigkeiten. Nur wenn jeder den anderen schätzt kann man eine sich gegenseitig respektierende, normal funktionierende Gesellschaft bilden. Mit und auf dieser ist der „Gemeinwohl“ Begriff zu bilden, was der polnische Gesetzgeber betont hat.

Anschließend wurden von mir die Urteile besprochen. Das polnische „Lissabons Urteil“ nennt viele verschiedene Rechtsgüter sowohl die Individuelle (mit Menschenwürde und davon ausgehende Grundrechte) als auch Staatskompetenzen wie wesentlichste Staatsformgebung und Kompetenz um Kompetenz zu schaffen. Genauso, vielleicht mit konkretisierter Betonung auf die Staatspflichten hat sich das deutsche Bundesverfassungsgericht geäußert. Im deutschen Urteil warn auch ganz sensible Bereiche der Finanzen, Gewalt und Vollzugsmacht (Militärwesen und Strafrecht) und politische Rechte (von Art. 5 Grundgesetz) zu finden.

In Urteilen vom Europäischen Gerichtshof war es fast nicht im Thema der erfolgreichen Berufung auf die Ausnahme von Nationale Identität zu besprechen. Im diesen Sinn hat das Tribunal nur dem Argument über die Sprache im *Runevič Vardyn* Urteil zugestimmt, für ihn war aber die Menschenwürde als Nationale Identität Ausnahme im *Omega Spielhallen* Fall nicht genügend.

Wie aus dem Voranstehenden hervorgeht, weiten die Länder die Verfassungsidentität so breit wie möglich aus, andererseits stimmt aber der Europäische Gerichtshof nur in eng gestellte Fälle zu, nur wenn es um einen deutlich, einfach definierbaren Aspekt geht (wie bei Sprache). Prognosen dazu sind nicht positiv für die Identität Ausnahme, da die Zahl der Zustimmungen nicht gestiegen ist. Eine Möglichkeit für die Länder (genau- Gerichte die europäisches Recht anwenden oder kontrollieren) ist eine sorgfältige Beobachtung und immer Gut der Leuten vor Augen zu haben.

In diesem Punkt möchte ich die Fragen stellen: Sind diese zwei von mir genannten Verfassungsidentitäten so anders? Warum klingen sie so ähnlich zueinander in Rechtsprechung? Kann juristische Sprache sie nicht beschreiben oder ist es so ungreifbar, dass sie nur als Ideen in den Augen der Besitzer von diesen Nationalitäten stehen?

* * *

Constitution and National Identity in Polish, German and European Union Law (with Focus on Judiciary)

Constitutional identity is one of the most discussed topics in the field of international relations in Europe. This term is still being shaped because it has not been sufficiently covered neither in literature and nor jurisprudence yet. In my article, I drew attention to the fundamental rights (for example human dignity), which form a general perception of national identity for Polish and German law, including the Constitutions and their interpretation by constitutional courts. It was also necessary to refer to the judgments of the Court of Justice of the European Union (CJEU). They reveal that countries that expand the scope of the constitutional identity may, instead of contributing to the common good, deepen the distance between nations, and this practice could not be accepted by the CJEU.

Key words: constitutional identity, constitutional law, EU law

Wojciech Marcinkowski¹

The Structure of English Judiciary from the Perspective of Continental Legal System

Abstract:

Description of English and continental judiciaries indicates similarities and dissimilarities. English idea of “equity law” interlinks English and continental legal notions. Description of the English judiciary begins with discussion on the operational rules of the new Supreme Court, which was created to enhance the separation of powers and is compared with the alike Polish, German and French institutions. Subsequently, the inferior courts are described – Court of Appeal and High Court of Justice. Within the latter’s complicated structure, what seems interesting are the Administrative Court, being a substitute for a non-existent English administrative judiciary, and the Specialist Courts – solution for new legal problems. Functions and operational rules of the Magistrates’ Courts (Courts of Peace) and the Tribunals with flexible judgment model are discussed last. Regulations regarding the inferior courts may indicate the direction for changes. Analysis of the English judiciary indicates that despite ongoing convergence with the European law, it still rejects the most important Roman law rules – i.a. restriction to change the sentence against appellant. Despite this, the equity law, formerly preventing negative consequences of the writs’ formalism, recalls the Roman law institutions. In conclusion, despite different backgrounds, the emerging legal problems in both systems were being resolved in a similar way.

Key words: judiciary, England, Europe, law, equity

¹ Author is a 3rd year student of law at the Faculty of Law and Administration, Jagiellonian University.

The human element in any system is always prone to error.

Why should the courts be any different?

They are not. Our blind trust in the system is the product of ignorance...

William Landay

Equity had come not to destroy the law, but to fulfil it

Frederic William Maitland

1. Introduction

The article presented below is by and large to accomplish three seemingly various, yet in fact strictly interlinked objectives. The first one would be to describe and find specifically English² characteristics of legal and – what seems even more vital – judicial system that would enable us to compare the heritage of both English (case law – common law) and undoubtedly contrary continental (statute law) judiciary. Having acquired knowledge, which stems from discerning not only dissimilarities but also affinities of both mentioned systems, it would be useful to put a stress on the particular backgrounds from which the formers had emerged. The second objective is then projected to disclose the conspicuously Roman influence on the Continental system and indicate some factors embodied in the English system that in some certain spheres of praxis ought to be considered Roman as well, especially if one spoke about the equity courts. The last objective would be then to evoke and describe an amusing phenomenon of English equity law, which was formally ceased in 1873 (practically living up to this day in a moderate form within the High Court's Chancery Division) and could make a relevant illustration for what could be called a windfall for the comparative law scholar, given its many possible origins and generally a very amusing legal concept it mirrors.

2. Structure of the English judiciary

To begin with, let us take a closer look at the English judiciary – yet what is worth mentioning, the stress will be rather put on its structure than the legal proceedings' forms. "When you see a judge or magistrate sitting in court, you are actually looking at the result of 1,000 years of legal evolution"³ is the best phrase to conceptualise the plentiful traditions of this particular legal system to be discussed. These traditions

² The form 'English' is being used deliberately, following *judiciary.gov.uk* – as a condensed name for Her Majesty's Courts of Justice of England and Wales (the focus on the English judiciary is to avoid the vagueness; the existence of Scottish and North Irish courts will only be alerted).

³ *History of the Judiciary*, <https://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/history-of-the-judiciary/>, 31.01.2018.

have profoundly complicated the relations between the respective courts and tribunals, making the whole system undoubtedly unclear and indistinctive even for the English society itself. However, it provides some hierarchy which is necessary to maintain the rule of law⁴.

2.1. The Supreme Court of the United Kingdom

What sits at the apex of the United Kingdom's legal system is **The Supreme Court of the United Kingdom**, which had been constituted by the Constitutional Reform Act prepared in 2005 and in October 2009 eventually replaced both the Appellate Committee of the House of Lords as the final court of appeal and the Judicial Committee of the Privy Council which had jurisdiction over the devolution matters. What is worth mentioning is **the idea to appoint such a body was drawn out of the separation of powers rule** – since the general jurisdiction had been exercised by the legislative institution – the House of Lords. All the Law Lords headed by the **Lord Chancellor** (who is currently a part of the British Cabinet and used to be a presiding officer of the said House) were split-off from Parliament and their judicial eligibility was moved into the new Supreme Court. Finally, as Nicholas Stephanopolous remarked, “Britain is now getting a taste of some U.S.-style separation of powers”⁵ – this could be indeed true, yet at the same time one ought to acknowledge the implementation of continental solutions as well, what is surprisingly blatantly often omitted in the recently published papers.

Nowadays, the Supreme Court of United Kingdom is comprised of twelve Justices who serve a life tenure (yet with mandatory retirement at the age of 70 or 75 – depending on the appointment date) and are appointed by the Monarch with the Prime Minister's recommendation. The Court's vital role is to hear appeals on disputed points of law of the greatest public importance, for the whole of the United Kingdom in civil cases, and for England, Wales and Northern Ireland in criminal cases. “The greatest public importance” is a somewhat vague notion though – but while referring to the Supreme Court Rules 2009⁶ act it gives one a feeling that it is a procedure that matters under appeal rather than the subjective view of what is essential or not. Therefore, **the Supreme Court of the United Kingdom does also decide on “devolution issues”**, i.e. “whether the devolved legislative and executive authorities

⁴ M. Holdsworth, *Short Introduction to the English Legal System*, Oxford 2006, p. 3–4, <http://studylib.net/doc/7807577/a-short-introduction-to-the-english-legal-system>, 1.02.2018. The author pointed out three principles of the rule of law; the law should not be arbitrarily or capriciously administered by those in power; all people are equal before the law; there should be a system to apply and interpret the law fairly and for all citizens. The necessity of having a legal hierarchy and a possibility to appeal can thus logically flow from his extensive interpretation of the rule of law.

⁵ N. Stephanopolous, *Commentary: Britain's New Supreme Court*, *The National Law Journal* 2009, <http://www.nationallawjournal.com/id=1202436323274/CommentaryBritainsNewSupremeCourt?slreturn=20160006094627>, 1.02.2018.

⁶ Section 11, subsections 2) a)b)c), Part 2 Application for permission to appeal, Supreme Courts Rules 2009.

of Scotland, Wales and Northern Ireland have acted or propose to act within their powers or have failed to comply with any duty imposed on them”⁷. Saying it less formally, the Court’s concern is first and foremost to resolve any feuds between devolved institutions in the United Kingdom and besides that to have a jurisdiction over the legal powers of the Welsh, Scottish and North Irish governments and their law-making activities.

As one could have presumably remarked, the institution of Supreme Court is to great extent new⁸ on the ground of English judiciary. The Court’s tasks can be easily compared with the recognition spheres of German Federal Justice Tribunal (*Bundesgerichtshof*), French Reversal Court (*Cour de Cassation*) or Polish Supreme Court (*Sąd Najwyższy*) – since in each evoked case there is a clearly visible similarity, as all of them are called chief judicial authorities in their own states’ legal orders. Nonetheless, the Supreme Court is more limited in its judicial review than the previously mentioned continental courts and their constitutional counterparts just like the Polish Constitutional Tribunal (*Trybunał Konstytucyjny*), German Federal Constitutional Tribunal (*Bundesverfassungsgericht*) or French Constitutional Council (*Conseil Constitutionnel*). It comes down to really strong and distinct parliamentary sovereignty doctrine, which constitutes the Parliament as the supreme legal authority in the United Kingdom, being able to create and repeal any given act. In general, courts cannot overrule its legislation. Undoubtedly, the Supreme Court is in power neither to spread its control over the primary legislation implemented by the Parliament nor overturn it, however it is given an ability to react to any secondary legislation, which in its opinion is beyond the powers of the primary legislation itself (it could be plainly considered a part of devolution issues, as described above). Although the Court cannot step into the legislation, it is accoutred in right to publish the Declaration of Incompatibility⁹ on the grounds of the Human Rights Act 1998,

⁷ It would be beneficial to append three possible ways the Supreme Court can be reached by devolution cases, through: a reference from someone who can exercise relevant statutory powers such as the Attorney General, whether or not the issue is the subject of litigation; an appeal from certain higher courts in England and Wales, Scotland and Northern Ireland; a reference from certain appellate courts; J. Simson Caird, *The Supreme Court on Devolution*, House of Commons Library 2016, p. 5–8, http://www.open.edu/openlearn/ocw/pluginfile.php/989910/mod_resource/content/4/CBP-7670.pdf, 1.02.2018.

⁸ This point can evoke a strong dissent, as one can effortlessly bring up the examples of the Supreme Court of England and Wales (known as the Supreme Court of Judicature until 1981), which was created in the 1870s, or the Supreme Court of Judicature in Northern Ireland. Even though the names were the same, it should be noticed there were implemented a few solutions in the new Supreme Court – be it an ability to recognise European Convention on Human Rights and European Community law within the extent of devolution cases – and thereby British invention converged much with European legal solutions. It is also a point, as Nicholas Stephanopolous wrote in the National Law Journal, that “Britain has never had a Supreme Court before” – meaning the lack of the all-UK last resort court, because courts called alike have already existed; N. Stephanopolous, *op.cit.*

⁹ Several other British courts have this right as well; they are enumerated in section 5, legislative chapter of the Human Rights Act 1998.

if it is satisfied that the legal provision embodied in particular act is incompatible with a Convention right¹⁰. Yet it has rather a mere moral substance or symbolic dimension, since it “does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given”¹¹, it can stand well against an ill-implemented legislation, thus showing strong concern on the part of the Supreme Court. However, it is not yet a full legitimisation that the majority of continental supreme or constitutional courts have, since they are usually able to overturn particular provisions of the legislation if these are standing against the Constitution or the community law, but it is a sound modernising step that cannot be underestimated. It should be rather considered a mile-stone. The fact is, that the Supreme Court, which has emerged from the six hundred years’ haze of “medieval” parliament jurisdiction, brings up many important questions related to the judiciary system as a whole, often showing its backwardness¹². Not only had the problem of gender inequalities or ethnic discrimination come up, but also an idea – which is terrifying for some of conservative British backgrounds – that courts (Supreme Court in particular) would be able to overrule legislative decisions thus impairing the whole traditional political system. At this point an author feels incompetent to discern whether there is a real possibility to infract this solid structure, yet he is convinced the British judiciary is gradually converging with continental and American legal systems, steadily adjusting itself to new political, social and legal perspective.

2.2. Her Majesty’s Court of Appeal in England and Wales

Having described the apex of the British – and thereby English – judiciary, let us move to Her Majesty’s Court of Appeal in England and Wales, which is hierarchically lower than the Supreme Court. The Court comprises of thirty-eight Lord Justices of Appeal and is divided into two divisions – Criminal and Civil. The former is led by the Lord Chief Justice (1st judicial rank in the United Kingdom), whilst the latter’s head is Master of the Rolls. The criminal division plays a role of an ordinary court of appeal – it hears appeals against conviction and sentencing from people convicted or sentenced in the Crown Court. Traditionally, there are three judges adjudicating during the sessions – the majority opinion is delivered as the Court’s decision though. Their range of jurisdiction is strictly narrowed – criminal division has power to quash or uphold a conviction, order a re-trial and, in sentence appeals, vary the sentence – yet is not allowed to increase it – as a matter of fact, the last statement is barely true and it will have to be contextualised later on. In the late 90s the sphere

¹⁰ Sections 1–4, legislative chapter, Human Rights Act 1998.

¹¹ Section 6, subsection a), legislative chapter, Human Rights Act 1998.

¹² S. Jeraj, H. McRobie, *Diversity in the British judiciary: on the backburner for too long*, Open Democracy UK 2012, <https://www.opendemocracy.net/ourkingdom/samir-jeraj-heather-mcrobie/diversity-in-british-judiciary-on-backburner-for-too-long>, 1.02.2018 or C. Thomas, *Understanding Judicial Diversity. Research Report for the Advisory Panel on Judicial Diversity*, <http://www.laws.ucl.ac.uk/wp-content/uploads/2014/12/Understanding-Judicial-DiversityFINAL3.pdf>, 1.02.2018.

of recognition (for both divisions) had become a way more limited – in minor cases the Court’s sentence reviewed the lower court’s decision (in fact, the appeal must have been in compliance with its perspective) and in major ones, if – for instance – there occurred a high probability of severe procedural irregularity or the verdict was wrong because of ‘blatant error’, the Court was given a right of a full appeal. While speaking of a procedure in the criminal division, one has to bear in mind one strong and stark example of how different from the continental patterns English law and judiciary can be. Namely, there is a possibility of a full-negation of broadly-accepted Roman law rule that says *reformatio in peius iudici appellato non licet*¹³ – which is not working in the Court under this particular condition. This happens only if the Attorney General “refers a sentence in the Court of Appeal if it appears to him that it was unduly lenient”¹⁴. The Court of Appeal may review and alter the sentence imposed by the Crown Court, as prescribed in the Criminal Justice Act 1972¹⁵. A more severe sentence may be imposed¹⁶. This concept would be conspicuously hard to be thought about in the continental Europe, which resides firmly in the Roman law. It might be, however, neatly understood as an execution of equity principle and therefore not condemned by the Roman law enthusiasts from the very beginning.

On the other hand, one has a civil division, which mainly deals with the appeals against the High Court’s verdicts (including Chancery, Queen’s Bench and Family Division) and decisions of county courts as well as some certain tribunals across England and Wales. It makes decisions in much the same constitution as the criminal division does. There are relatively small “three judges” (Lord Justices) groups in which all the conclusions appear and despite the fact a decision-making process is based on the majority opinion, it has an apparent individual element, as will be going to be proved later on. While proceeding cases, rarely do the judges hear the witnesses – it might occur specific – although they are firmly devoting themselves to documents and – for instance – transcripts from the former hearings or the parties’ representatives’ brief notes. Within the civil division competencies, one can eventually find an ability to make orders that normally should have been made in the court from which the case had been referred, to call the lower court into question or plainly to order a re-trial (what is rather an uncommon practice, due to its “radicalism” – the “unique circumstances” are indicated as a particular ground for such an action)¹⁷. To sum it up and draw some conclusion, one must undoubtedly

¹³ Latin: “The judge of appeal cannot increase the sentence”.

¹⁴ B. Jones, D. Kavanagh, M. Moran, P. Norton, *Politics UK*, London 2007, p. 603.

¹⁵ Section 36(1), Criminal Justice Act 1972.

¹⁶ B. Jones, D. Kavanagh, M. Moran, P. Norton, *op.cit.*, p. 603.

¹⁷ “The UK Court of Appeal (“CA”) has unanimously overturned the first instance finding of infringement in *Interflora v Marks & Spencer* and has ordered a retrial. The CA’s decision to order a retrial is unusual, although it is most likely a function of the unique circumstances surrounding this litigation”; A.J. McCulloch, I. Bhattacharya, *The UK Court of Appeal Orders a Retrial in Landmark Keyword Advertising Case*, Jones Day Publications, 2014, <http://www.jonesday.com/the-uk-court-of-appeal-orders-a-retrial-in-landmark-keyword-advertising-case-11-07-2014>, 2.02.2018.

ascertain that the civil and criminal division differentiate obviously in the spheres of recognition and the procedures undertaken in order to hear the appeals. In spite of this fact, there must be alerted an essential issue that actually single the whole Court of Appeal (no matter the divisions) out of any other appellate courts. “In England, where the judges are being observed while they work and where each is expected to express his own views, a ‘one man opinion’ rubber-stamped by the other judges, is unlikely”¹⁸ – the English type of adjudications does indeed seem here really firm, on the contrary to the American one. The individuality of judgement, a kind of meticulousness the English appellate judges present is unheard about in the United States and therefore treated as a benefaction. **The collegial (bench) model of the judicial constitution is considered worse and less intellectually efficient than the English individual model** by American Delmar Karlen. The British lawyers think likewise: “It is the tradition of English common law that the appellate judge is an individual personified. By contrast, the judges in the legal systems of Western Europe opt for a system of collegiality in which benches of judges hand down synonymous, formal, collective judgments”¹⁹ – this quotation gives one a feeling of what attitude the authors have towards the continental appellate system – it is consequently escalated in the later part of the text, where it is proudly mentioned that “anyone travelling forensically to Strasbourg for a hearing before the European Court of Human Rights will witness the adoption of separate assenting and dissenting judgements”²⁰. Undisputedly, this particular, more individual way of judging has its attractive points, yet it is not the author’s purpose to assess them in the present work. Nevertheless, the point had been to show the differences between the American, Europe’s continental and English Courts of Appeal, putting the stress on the uniqueness of the latter and this objective was apparently reached.

2.3. Her Majesty’s High Court of Justice

Let us now focus on Her Majesty’s High Court of Justice in England, which has a very complex and a bit incoherent structure itself. Following Encyclopaedia Britannica, it should be rather called a “court system centred in London and comprising three divisions of both original and appellate jurisdiction”²¹. “System” is probably the best word to express this peculiar body (in the continental jurists’ way of thinking), regarding the fact that its parts are to some extent autonomic and divide themselves to even smaller divisions and constitutions. Historically first and the largest of three

¹⁸ D. Karlen, *Civil Appeals: English and American Approaches Compared*, William & Marry Law Review 1979, p. 136, <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2322&context=wmlr>, 2.02.2018.

¹⁹ G. Drewry, L. Blom-Cooper, Ch. Blake, *The Court of Appeal, Individuality and Collectivity*, London 2007, p. 123.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *High Court of Justice* (1998), <http://www.britannica.com/topic/High-Court-of-Justice-British-law>, 2.02.2018.

mentioned divisions was the Queen's Bench²². Its recognition sphere is really wide but it goes along with the Civil Procedure Rules – it exercises the civil and criminal jurisdiction. The cases are heard by the head of the division – the President – and seventy-three judges who are led by him. Judges hear the occasional important criminal cases in the Crown Court and travel across the country to do so. However, the criminal recognition fades amid the civil one – is just like a drop in the ocean. It is true that the civil cases are overwhelming within the Queen's Bench – these include actions for damages arising from all sort of breaches of contract, torts, libels, technology and commercial disputes, as well as admiralty and construction cases – it is a bulk of its work. It is not then surprising why is this particular division so diverse – overall, there is a General Queen's Bench Jury and Non Jury List considered a premier body, comprising of judges; just below one can find one of the most known divisional courts²³ – an Administrative Court. Its case is immersive for two reasons – firstly, because it has an extraordinarily broad cognisance – its work is varied as it consists of the administrative law jurisdiction of England and Wales as well as a supervision over the inferior courts and tribunals. The work it does is remarkable, even though there are some ongoing problems in the Court²⁴. It is in power to provide a supervisory jurisdiction by applying the Judicial Review procedure (which covers persons or bodies exercising a public law function) – not only can it have an insight into the other courts and tribunals' work, but also into the other persons and bodies' duties, as mentioned above. Nonetheless, this procedure can be implemented only within some certain areas, such as welfare benefits cases or the immigration issues. Secondly – picking-up the strand once again – the Administrative Court's case is interesting because of the utterly various profile of its work (compared with the continental Europe). What is fairly lucid, the Administrative Court is strictly subordinated to the High Court (particularly to the Queen's Bench) what stands on the contrary to the continental models, in which the Administrative Courts have a greater autonomy in the first place – both in the verification model – Polish (*Wojewódzkie Sądy Administracyjne* – *Naczelny Sąd Administracyjny* or German (*Ober*)*Verwaltungsgerichte* – *Bundesverwaltungsgericht* and the “dual-jurisdiction” model – French *Tribunal Administratif* – *Cour Administrative D'appel* – *Conseil D'etat*, and in the second place – the different range of jurisdiction. The last statement does not only mean the English Administrative Court has a way fewer chances to have a real influence on the structure of the state, on the decisions being given, but has also fewer (if any) possibilities to regulate the relations between the citizens and the state, even though its name resembles the continental Europe's institutions – continental administrative

²² Interestingly, the name above is versatile and depends on the Monarch's sex – if there was a male, the division would have to change its name to King's Bench.

²³ The divisional court – in the Queen's Bench cognition – ought to be understood as a certain body with its particular tasks within the Bench that includes at least two judges.

²⁴ J. QC, *Administrative Court in Wales. Challenges and Opportunities*, <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2015/03/hhj-jarman-administrative-court-in-wales-191114.pdf>, 2.02.2018.

courts, being precise. It is interesting, as in this case – and as it will appear later in the text (while elaborating the English Tribunals) – the problem and misunderstanding lies definitely in both the legal backgrounds and the demarcation between the statute and case law themselves.

2.3.1. Specialist Courts

At the bottom of the basic structure (contrasted hereunder with the specialised bodies) being down to Queen's Bench is **the Planning Court**, with its role directly linked with the Administrative Court – it deals with all judicial reviews and statutory challenges involving planning matters in accordance with the Civil Procedure. This includes appeals and applications relating to enforcement decisions, compulsory purchase orders and planning permissions²⁵. Within the High Court's Queen's Bench there are several other specialised divisions (Specialists Courts) as well. They all function in the Rolls Building International and Financial Dispute Resolution – one well-organised centre gathering under one roof both the specialised courts from the Queen's Bench Division, such as **Mercantile Court**, **Admiralty Court**, **Technology and Construction Court** or the **Commercial Court** – and the **Chancery Division** courts at the same time (the Chancery's issue will not be explicated in this certain case as it is going to be discussed separately in the second part). Unlike the continental Europe, the English judiciary presents an advanced approach towards the new world's branches and needs, organising a specialists courts adjusted to their thorough requirements. Another symptom, revealing the progressiveness of the English judiciary, was decision announced on the 8th July 2015, which introduced a **Financial List** – a specialist body consisted of the Commercial Court and the Chancery, dedicated for financial claims exceeding fifty million pounds or the issues concerning international and domestic markets, i.e. the equity, derivatives, FX²⁶ and commodities markets. “The new list will not only encourage international litigants to continue to use our courts, the principles they embody and their jurisprudence, but in doing so they will help to raise standards” said Lord Thomas of Cwmgiedd, the Lord Chief Justice, in his Mansion House speech on the 8th July 2015²⁷. This proves that the eagerness to pave the way is in the English judiciary even more vigorous than ever before. This legal phenomenon – the constant will to self-actualise in such conservative conditions (which is not often met in the continental judiciaries) – is really worth mentioning; two other quotations from the press

²⁵ *The Administrative Court. Judicial Review Guide*, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/540607/administrative-court-judicial-review-guide.pdf, 2.02.2018.

²⁶ ‘FX’ stands for Forex – which is “the foreign exchange (or forex) market (...) for trading currencies, one pair against another. It's the world's largest market, consisting of almost \$2 trillion in daily volume and is growing rapidly”; V. Gaucan, *Introduction to the foreign exchange market*, Journal of Knowledge Management, Economics and Information Technology 2010, http://www.scientificpapers.org/wp-content/files/1120_Introduction_to_the_foreign_exchange_market.pdf, 3.02.2018.

²⁷ Lord Thomas of Cwmgiedd, *Dinner for Her Majesty's Judges*, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2015/07/speech-lcj-mansion-house-2015.pdf>, 3.02.2018.

release on the 21st October 2015 meeting in the Rolls Building, regarding this issue must be then forgiven. “The new List will provide a more efficient and economical forum for financial dispute resolution using the expertise of dedicated High Court judges” – remarked the Lord Chief Justice, being followed by Alasdair Douglas, Chairman of the City of London Law Society: “Litigants expect judges to be familiar with the subject matter of a case, and the Financial List will offer the assurance that these significant cases will be heard by a high-calibre judge who, for example, has an understanding of the global financial markets”. The intention so far was to show how afar from the English legal perspective is the continental one. **English High Court, because of its List, will have a long-term legal advance**; it will either have a possibility to adjudicate some of the most important world’s financial cases or simply develop the procedures and the way of good and useful practices while dealing with them. English judiciary, as one can see, is trying to modernise itself – it is struggling to foresee, unlike the continental courts. The idea of creating the List was conducted by the judges and these should be the European judges who should bring up this urgent matter as well. It must be honestly said that even the advanced European Union courts have not yet made such a step into the legal future. The fact is, that the specialists courts within the English High Court are able to prefigure the future needs and get prepared for them – it is their immanent characteristic.

2.3.2. The Family Division

At this point, let us additionally mention the least known of all the High Court’s main divisions – **the Family Division**. Judging by its name meets the needs of any avid and inquisitive reader; the type of cases discussed and heard before this court is closed within the narrower subject of family cases – specifically where a child, as the subject of the proceedings, is not granted protection under the Children Act 1989²⁸. According to the Court’s own agenda, the biggest share of the hearings concern the situation in which the child is made a “ward of the court”, where the court consent is needed while making vital decisions. What is more, the Court handles cases of international child abduction, provide that the abduction falls under either the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction or Brussels II Regulation (EC) no. 2201/2003. The Family Division should be then considered a warrant of the public and private rights protecting children and family.

2.4. Inferior courts and tribunals

The inferior courts and tribunals of England and Wales do also have their own, a big deal unique natures, which on the one hand are usually very practical and beneficial, but on the other would also be criticised for their non-transparency, which cannot be always easily ‘cut through’ by the ordinary citizens. Their structure is firmly based on a model division: criminal, civil, family and administrative judicial review as well as two-level appeal model.

²⁸ Children Act 1989, Part IV Care and Supervision, Part V Protection of Children.

The court mainly responsible for the criminal jurisdiction, being in fact the higher court of the first resort, is the Crown Court of England and Wales. In the structure of English judiciary it plays a role of a lower quasi-court of appeal, as it can hear the appeals forwarded from the people convicted in the Magistrates' Courts. Together with the High Court of Justice and the Court of Appeal, it constitutes a body called the Senior Courts of England and Wales²⁹. Trials within the Crown Courts are often prosecuted with the presence of jurors – since an attendance of jurors paying tribute to their civic duties is more likely to happen in the criminal cases. It is down to the fact that the catalogue of such cases is wider than the possible civil ones – jurors usually try the most serious criminal cases such as: murder, rape, assault, burglary or fraud³⁰, whereas the civil cases being obliged to take place in front of jury embrace only: libel, defamation and cases involving the state. The English jury resembles to some extent the continental institutions of jury; the main difference between these two solutions is the number of members they consist of, as in the continental Europe the jury is usually comprised by the professional judge and only a few civic jurors, whilst in England and Wales juries are constituted by much more jurors³¹. Furthermore, there may be found some affinities between the English juries and the Roman institution of *recuperatores*³². If any real connection was discovered, it could decide the joint ancestry of both English and continental juries or just show the mechanisms of the latter are alike virtually everywhere.

On the other side of the higher first instances' courts one can find the County Court, which will be only briefly presented. The Courts decide about the civil and family cases that are referred to them directly or by an appeal; and whose jurisdiction covers a certain administrative area – a terrain of approximately one or a few counties. The appeals from this body are directed to the High Court or the Court of Appeal immediately, if the importance of the case or the assessed contested value is exceptionally high. Besides this, the Court has an ability to form a jury while dealing with the cases indicated above – for instance libel, defamation or said “cases involving the state”.

2.4.1. Magistrates' Courts

Below the Crown Court and the County Court there are **the Magistrates' Courts**, which have to deal with some sorts of minor civil and family proceedings. These

²⁹ It is then twofold incomprehensible why it is formally subordinate to the Higher Court and its divisions.

³⁰ D. Popescu, *Crossing Cultures – The Jury in the English Legal System*, <http://revues-eco.refer.org/BSLEA/index.php?id=324>, 3.02.2018.

³¹ After all, it would be interesting to alert one issue by posing a question – what strength do the juries have nowadays? Does one of the prophetic “Economist's” articles concerned about the future of the latter stay in power?; *The jury is out*, The Economist's 2009, <http://www.economist.com/node/13109647>, 3.02.2018.

³² A Roman jury consisting of 3–11 judges appointed by the *praetor* to handle amicable feuds between the Roman citizens and the strangers.

are also the bodies in which all the criminal proceedings begin³³. Their phenomenon seems to be underestimated. Not often does one evocate them as one of not so plenty examples of well-functioning courts that are whole based on the magistrates' – volunteers – work and judgements³⁴. "Justices of the Peace", as they are also called, are people who want to volunteer their services. There is no requirement for formal legal qualifications, but they have to undertake a training programme (including court and prison visits) to develop the necessary skills. During the proceedings, they are given legal and procedural advice by qualified clerks. Notwithstanding the decent results of their work, many of the Magistrates' have been recently decided to be reduced or integrated with some other courts (they will not be the only, yet undoubtedly the biggest victim of the reform) due to the extraordinary costs of maintenance raising up to 500 million pounds a year and the potential that could not be maximised³⁵. The criminal cases, which are adjudicated by the magistrates, can be divided into three categories: summary offences (less serious offences cases such as minor assault), either-way offences (more serious cases; can be handled by the magistrates or passed on to the Crown Court) and indictable-only offences (a murder for instance; such case must be heard at a Crown Court). At the same time the civil cases are heard at the regular trials, whilst the family ones are sat in the Youth Courts or in the Family Proceedings Courts, which are the sections of the Magistrates' Courts themselves. **The instance of the Magistrates' Courts make a relevant illustration for what could be gradually introduced in the continental Europe**, which episodically lacks in such grassroots institutions. The lack of such might otherwise seem a bit odd if one considered the Roman background of the continental judiciary and inspected the Roman idea of appointing for the judges people with no legal education, yet the decent members of the community. However strange this idea may sound (particularly – leaning it on the historical matters), the advantages of Magistrates' Courts are rather undisputable, unless one has taken the recent English reform and its reasons for granted – then the matter becomes a way more complex.

2.4.2. Tribunals

The last, truly interesting form of an English judiciary are the Tribunals, being one (apart from the Magistrates' Courts) of the basic ground to conduct litigations. Both the civil and administrative cases are heard in the Tribunals. As to the civil procedure, the proceedings in tribunals are often considered quite informal in comparison to the courts, **the way of work resembles rather an extralegal procedure than the real**

³³ Virtually all criminal court cases start in a magistrates' court, and more than 90 per cent will be completed there; <https://www.judiciary.gov.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/magistrates-court/>, 3.02.2018.

³⁴ This is not exactly true, since within the Magistrates' Courts one might find a tiny percentage of District Judges, who – as a matter of fact – are professional lawyers and thus could be considered regular judges.

³⁵ *Ninety one 'surplus' courts face closure*, <http://www.bbc.com/news/uk-33549588>, 3.02.2018.

trial, especially regarding the “informality of hearings”³⁶. While comparing this pragmatic method of jurisdiction with some continental Europe’s societies’ stubbornness towards any extralegal procedures, one could have only a pious wish to change the way some continental Europeans think. Having concisely described the civil procedure, let us have a remark on the administrative proceedings, that should have been made even earlier, while discussing the Administrative Court. One must know that the contemporary structure of the Tribunals, as the quasi-courts performing judicial tasks, was established by the Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007. The mentioned document divided the Tribunals into two new forms: **the First-Tier Tribunal**, consisting of seven chambers, and **the Upper Tribunal**, hearing most of the appeals from the former and performing administrative functions (in its Administrative Appeals Chamber) as well³⁷. However, what was the point, an English perspective concerning the administrative cases is utterly different from the continental one, as it does not really regulate the citizen–state relation. Administrative courts do not surprisingly have a power to influence the law; on the contrary, the continental administrative courts have a full ability to analyse whether the administrative decisions were consistent with the ruling constitution and the other acts. English administrative courts support mainly this second option – referring rather to facts than to the legal acts, trying to conjure the reality up and not alter the bills. The administrative courts perform the executive actions, turning out to be less judicial and often leaving a right (given them – at least theoretically) to prepare judicial reviews. “In Mr Cane’s opinion, this particular problem [to which power should we qualify the administrative courts – executive or judiciary] is down to the fact that there has not been a written Constitution in Great Britain. Hereby the formal division of the public authorities and to judicial and non-judicial functions does not exist”³⁸. It is indeed hard not to agree on this particular point of view.

3. Equity courts

The word “equity” has taken its origin from the Latin word *aequitas* – i.e. concept of justice, equality, conformity, symmetry, or fairness. Equity law should be then regarded as a legal system, which includes and respects the equity principle (and principles or policies at all, understood as a recourse to law’s moral merits – referring to Dworkin’s nomenclature) and whose verdicts are based not only on the strict legal grounds, but also external and internal circumstances of the particular case.

3.1. Historical perspective

Historically, the law of equity together with maxims (principles) of equity were developing along the development of English law and common law system in particular³⁹.

³⁶ H. Genn, *Tribunals and Informal Justice*, The modern Law Review 1993, p. 395.

³⁷ Both of them are subordinate to Her Majesty’s Courts and Tribunals Service.

³⁸ A. Budnik, *Sądy a trybunały administracyjne w Anglii*, Administracja publiczna. Studia krajowe i międzynarodowe 2013, p. 28 (quotation translated by the author).

³⁹ F. Pollock, F.W. Maitland, *The history of English law before the time of Edward I*, Cambridge 1898, p. 41.

The legal system started to emerge just after the time, when Wilhelm the Conqueror had defeated the Anglo-Saxon King Harold's army in the battle of Hastings in 1066, and subsequently crowned himself in Westminster. The birth of a new feud system with King in its central point, issuing the Domesday Book in 1086 (land cadastre) and developing the fiscal judiciary led to situation in which all the arguments and ill-relations in the society, considered harmful to royal treasury, must have found a room for solutions. The creation of the Court of Common Pleas dedicated for the criminal and civil cases and the Court of King's Bench – competent to adjudicate the political ones, contemporarily ought to be comprehended as a "safety valve" for the whole state system. Nonetheless, the new English judiciary did also come up with an idea of writs⁴⁰, measures to launch the legal proceedings, which generally resembled *formula actionis* known from the Roman formulary system. Very quickly the writs were standardised – "for each same arguable factual status the same writ was granted"⁴¹ and the sets consisted of them appeared. Eventually the Register of Original Writs was issued; it has been compared with the *praetor's edictum*, since in both situations these acts could have been easily completed by including new privities that demanded a legal protection. Afterwards, the legal proceedings were becoming more and more complicated – history resembling the Roman one – and vital too, as the wrong choice of writ yielded in the lost trial. The law of equity became an undisputed remedy – the parties that were aggrieved before the court (because of the wrong writ they chose or due to the lack of an appropriate one) could turn to Monarch, who was asking his Chancellor to handle such cases. However, as a matter of fact, it was not the king with whom the English law bound the equity privileges. One must agree with prof. Ireneusz Kamiński that such a privilege was definitely bound with the position of the Chancellor⁴². It was the Chancellors had been revocating the recent verdict and conducting the case once again, leaning not on the common law rules, but on the self-prepared law of equity. Roman law scholars should be familiar with this situation, as the common law and the equity law remained in such relation to themselves, in which had once remained *ius honorarium* and *ius civile*. It is apparent that in both situations their existence had a parallel character⁴³. Albeit these statements might raise questions of whether the English law was influenced by the Roman law, following an opinion of a distinguished prof. Henryk

⁴⁰ "The measure to launch the legal proceeding in medieval England was a writ – short written proposition in which the King, having characterised an object at issue, was calling an adequate official – judge, to call the respondent or defendant before his court and judge the case with the presence of the parties. (...) With the time being, the King's place was taken by the *Capitalis Iusticiarius* and thereafter the royal Chancellor"; H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie a współczesność*, Cracow 2013, p. 169 (quotation translated by the author).

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² I. Kamiński, *Słuszność i prawo – szkic prawnoporównawczy*, Zakamycze 2003, p. 88.

⁴³ *Ibidem*, p. 80–85.

Kupiszewski who defined it as a “reflexion of English moral philosophy”⁴⁴ would give a right answer⁴⁵.

3.2. Equity and Common law

The system which emerged on that ground was at the beginning complementary to the common law. **With the time being, however, the equity law** (as well as the other English law systems, be it the maritime law administered by the Admiralty Court...) **appeared as a competition for the common law jurists, who started fighting it**⁴⁶. Besides that, the both law system required other skills and practical preparations from the lawyers and judges to perform and execute them – one of such essential matters was a necessity to have an academic grade in the Roman law (many of these having such were priests too), unlike the common law lawyers, who first and foremost had to be educated in the corporations. Nevertheless, even though the equity law was eventually merged with the common law when – in 1873 – the Judicature Act was published, it did not have such disastrous effects, as one could expect. The merge itself was rather of a formal nature since the masses of the common law and equity law were not mixed and it was only the Chancery Court (which will be discussed a bit wider below) must have been subordinated to the new High Court, making one of its divisions – Chancery – in the end. The positive thing was that after the unification – be the reason its formal character – it was the common law that found itself under the “equity’s” influence, not otherwise⁴⁷. In fact, the maxims (principles) of equity – a ‘product’ of many years of the Chancery Court’s practice – were not forgotten⁴⁸. Clarification of these strongly contributed to the flowering of the subject literature, enabling the equity law to have a strong impact on the judiciary as a whole and the new generations of English lawyers⁴⁹. The conclusion, should one demanded such, would be **that the English law did not really need (and in general was barely using) the Roman (considered widely – continental) notion of equity, as it was able to develop its own version, similar to the continental one from the procedural side**, that was embodied in the equity law system and its mere body – the Chancery Court.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 171 (quotation translated by the author).

⁴⁵ Ł. Marzec argued alike that “the Englishmen – in fact – created this system division on their own, having not recognised the Roman solutions”, what underpins the given conclusion; Ł. Marzec, *Kilka uwag o sądzie kanclerskim i systemie equity w Anglii*, *Zeszyty prawnicze* 2005, p. 195 (quotation translated by the author).

⁴⁶ Ł. Marzec, *Czy prawo angielskie to tylko common law?*, *Zeszyty prawnicze* 2005, p. 225; cf. feud that reached Jacob I throne in: Ł. Marzec, *Kilka...*, p. 198.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 227.

⁴⁸ It might be interesting to evoke few of them here, making a relevant illustration of what they were: beginning from the most known “Equity sees that as done what ought to be done” or “He who comes into equity must come with clean hands” ending at the least known, specialists’ ones “Equity will not allow a statute to be used as a cloak or fraud” or “Equity will not allow a trust to fail for want of a trustee”.

⁴⁹ H. Kupiszewski, *op.cit.*, p. 173.

3.3. The Chancery Division

Let us now say a word about the Chancery Court and subsequently – the Chancery Division within the High Court of England and Wales. The Chancery Court was regarded the main administrator and the sound executor of the resolutions made on the equity law ground. It is argued, that its method of work immensely resembled the Roman *praetor's* work. The joint characteristics of *the equity law* and *ius honorarium* would be that, for instance, they were both created for the practical purposes, namely to enhance the judgements' and overall law's quality. England system went even further ahead than the Roman *ius honorarium* – the Chancery Court judges did not have to adhere to the common law rules, whilst the Roman praetor in order to omit *ius civile*, was obliged to create fictional legal states (*formula fictiae*). It would be a decent remark, too, that the main purpose of both the *praetor's* edicts and the Chancellor's writs was to make a reasonable alteration of law that might seem unjust and had a basic character⁵⁰. However, King's will was always the last resort that could cease the changes. The common law was in a particular way essential too, as in the lawyers' opinion a good Chancellor ought to have at least a good recognition in the former. The Chancery Court, comprising of masters in Chancery, masters of Rolls and clerks, laid great merits on the ground of acquiring several solutions that were unknown in the English legal system, such as assignment of debts, trust (*fidei-commisum*, referring to its Roman roots) or a hypothec⁵¹. Needless to say, the Roman law had some visible influence on the Chancery Court and should be regarded as its essential element⁵². This influence can be seen even now, many years after 1873 reform, since the Chancery Division in the High Court of Justice performs a very similar jurisdiction as to which was indicated above. Contemporarily, it does decides in the cases covering the real properties, trusts, patent law and some branches of the economic law. It performs its functions in a few separate courts – Intellectual Property Economic Court, Patents Court, Bankruptcy and Companies Court and the Chancery, which additionally collaborates with the Commercial Court of the Queen's Bench Division within the modern institution of a Financial List. Continental or Roman influence this particular division has had, may undoubtedly appear very useful and beneficial at this field.

4. Conclusions

Having discussed both the structure and characteristics of the English judiciary as well as the phenomenon of equity courts – in fact the Chancery Court – it would be now with benefits for the reader to draw some conclusions. The view into the English judiciary might left one with a feeling of a complete chaos, since everything seems so complex,

⁵⁰ L. Marzec, *Kilka...*, p. 197.

⁵¹ *Ibidem*, p. 205.

⁵² *Ibidem*, p. 212.

competences are blurred and the precedence – dysfunctional. The English legal system is undoubtedly an invention on its own rights, having logically and historically stemmed from, but merely little logic in it. However, in the recent times it is rapidly converging with the Continental statute law, as at the same time the rest of Europe derives much from the common law tradition. It should be then considered a bilateral process. The instance of the recently created Supreme Court is here sufficient. English judiciary had to adjust to the new procedures, change sometimes anachronistic courts in order to participate in the European Union and international trade. Some initiatives do indicate it is currently happening, given an example of Financial List – some examples however prove otherwise, if one looked at the Court of Appeal and the lack of reverence towards the rule *reformatio in peius*, which would seem obvious in the continental Europe. The English judiciary has also an intriguing local inventions, such as the Magistrates' Courts or the Tribunals, that could favourably change the continental judiciary and maybe cure its urgent problems, provided of course that the alterations were introduced sensibly, with respect to the local conditions. Since these two systems – English and Continental – are so various, any haste in action would be inadvisable. In fact, the flow of law, mixing of the legal cultures, goes steadily. It might be that the English legal system, the unique judiciary is even closer to the Continental system than we might think. The upcoming moment of the Great Britain leaving the European Union will possibly slow the whole process down. Even though, the Chancery Court's example and the development of equity law can convince one that the same methods, the alike solutions, can be reached in fundamentally distinct devices – this finally would be the most important conclusion of the present work, changing one's view at the English and Continental judiciaries; enabling to see the profound differences, but what seems far and away more practical – the concealed similarities of which we should be aware.

* * *

Struktura sądownictwa angielskiego z punktu widzenia kontynentalnego systemu prawnego

Opis systemów sądownictwa angielskiego i kontynentalnego wskazuje na ich podobieństwa i różnice. Miejscem, w którym krzyżują się pojęcia prawne systemów angielskiego i kontynentalnego, jest „prawo słuszności”, będące oryginalnym tworem prawa brytyjskiego. Opis sądownictwa angielskiego rozpoczyna się od omówienia zasad funkcjonowania nowego Sądu Najwyższego, którego powstanie motywowano koniecznością wzmocnienia trójpodziału władz, a który porównany zostaje z podobnymi instytucjami polskimi, niemieckimi oraz francuskimi. Następnie opisane zostają sądy niższe: Sąd Apelacyjny oraz Wysoki Sąd Sprawiedliwości. W ramach skomplikowanej struktury tego ostatniego zdaje się interesujący Sąd Administracyjny, będący namiastką nieistniejącego w Anglii sądownictwa administracyjnego, a także sądy wyspecjalizowane, które powstają jako odpowiedź

na nowe problemy prawne. Omawianie sądownictwa angielskiego kończy się na nakreśleniu funkcji i zasad działania sądów magistrackich (sądów pokoju) oraz trybunałów, charakteryzujących się bardzo elastycznym modelem orzekania. Uregulowania dotyczące sądów niższych mogą wskazać kierunek zmian w sądownictwie kontynentalnym. Analiza sądownictwa angielskiego wskazuje, że mimo postępującej konwergencji z prawem europejskim, odrzuca ono jednakże najważniejsze zasady przejęte z prawa rzymskiego – między innymi zakaz orzekania na niekorzyść apelanta. Mimo to, instytucja „prawa słuszności”, mająca pierwotnie na celu zapobieganie negatywnym skutkom formalizmu skarg, przypomina instytucje prawa rzymskiego. Zasadną więc jest konkluzja, że mimo różnych dróg rozwoju obu systemów, pojawiające się w nich problemy prawne rozwiązywane były w podobny sposób.

Słowa kluczowe: sądownictwo, Anglia, Europa, prawo, słuszność

Joanna Czuchryta¹

Skutki podatkowe otrzymania środków pieniężnych z tytułu zmniejszenia udziału kapitałowego w spółce osobowej na gruncie podatku dochodowego od osób fizycznych

Streszczenie:

Przedmiotem artykułu jest problematyka skutków podatkowych wypłaty środków pieniężnych z tytułu zmniejszenia udziału kapitałowego w spółce osobowej na gruncie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych. W obowiązującym stanie prawnym ustawodawca nie zdecydował się na uregulowanie wprost kwestii opodatkowania takich środków. W konsekwencji, wśród organów podatkowych oraz sądów administracyjnych pojawiły się wątpliwości interpretacyjne, czy środki otrzymane z tytułu zwrotu części wkładu w spółce osobowej stanowią przychód.

Brak regulacji prawnej oraz niejednolite stosowanie przepisów podatkowych wprowadza stan niepewności wśród szerokiego grona podatników. Takie zjawisko prowadzi do różnicowania sytuacji prawnej podmiotów w identycznych stanach faktycznych. Celem niniejszej pracy jest analiza najczęściej występujących poglądów przedstawianych przez sądy administracyjne oraz organy podatkowe. Ze względu na skalę problemu oraz rozbieżności w orzecznictwie ustawodawca powinien rozważyć nowelizację przepisów, która rozwiązałaby istniejące obecnie wątpliwości interpretacyjne.

Słowa kluczowe: spółka osobowa, udział kapitałowy, podatek dochodowy, dochód, koszty, zwolnienie podatkowe

¹ Autorka jest studentką prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

1. Wstęp

W ostatnich latach popularność spółek osobowych znacząco wzrosła wskutek rosnącej świadomości podatkowej przedsiębiorców. W odróżnieniu od spółek kapitałowych, spółki osobowe, poza spółką komandytowo-akcyjną, są transparentne podatkowo. Oznacza, że dochód osiągnięty przez taką spółkę opodatkowany jest jedynie na poziomie wspólników, proporcjonalnie do posiadanego przez nich udziału².

Zgodnie z art. 8 § 1 ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych³, spółka osobowa posiada zdolność do czynności prawnych, co oznacza, że może we własnym imieniu nabywać prawa, w tym własność nieruchomości i inne prawa rzeczowe, zaciągać zobowiązania, pozywać i być pozywaną. W przeciwieństwie do spółki cywilnej, mienie wniesione przez wspólników jako wkład oraz nabyte przez spółkę stanowi odrębny majątek spółki, a nie wspólne mienie wspólników. Spółka osobowa ma wyodrębnienie organizacyjne i majątkowe. Oznacza to, że stanowi odrębną od wspólników strukturę pod względem organizacyjnym i majątkowym, podobnie jak osoby prawne⁴.

Odrębność majątków spółki osobowej oraz wspólników powoduje, że przeniesienie składników majątkowych między tymi podmiotami należy zakwalifikować jako zdarzenia, które mogą powodować powstanie obowiązku podatkowego na gruncie ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych⁵.

Do przeniesienia składników majątkowych między spółką a wspólnikiem może dojść na wiele sposobów, między innymi poprzez częściowe obniżenie wkładu wspólnika. Taka czynność jest dopuszczalna na gruncie Kodeksu spółek handlowych, wymaga jednak zgody wszystkich wspólników. Ta z pozoru prosta czynność budzi jednak wiele kontrowersji na gruncie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

Przed nowelizacją ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, wprowadzoną 1 stycznia 2011 r.⁶, nie budziło wątpliwości, że w przypadku częściowego zwrotu wkładu, otrzymane środki pieniężne nie podlegały opodatkowaniu do wysokości wkładu, który został wniesiony. Obowiązujące do końca 2010 r. przepisy przewidywały zwolnienie od opodatkowania w art. 21 ust. 1 pkt 50 u.p.d.o.f., zgodnie z którym wolne od podatku były przychody otrzymane w związku ze zwrotem udziałów lub wkładów w spółdzielni albo wkładów w spółce osobowej, do wysokości w jakich zostały wcześniej

² A. Gomułowicz, J. Małecki, *Komentarz do art. 8 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych* [w:] *Ustawa o podatku dochodowym od osób fizycznych. Komentarz*, red. A. Gomułowicz, J. Małecki, LEX 8127, pkt 11.

³ Dz.U. z 2000, Nr 94, poz. 1037 ze zm.

⁴ A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 8 Kodeksu spółek handlowych* [w:] *Komentarz aktualizowany do art. 1–300 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych* (Dz.U.00.94.1037), red. A. Kidyba, LEX 10691, pkt 2.

⁵ Dz.U. z 1991, Nr 80, poz. 350 ze zm.; dalej jako: u.p.d.o.f.

⁶ Ustawa z dnia 25 listopada 2010 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne (Dz.U. z 2010, Nr 226, poz. 1478).

wniesione. Natomiast po zmianie przepisów zwolnieniu podlegają jedynie zwroty dokonane na rzecz spółdzielni.

Ustawa o podatku dochodowym od osób fizycznych nie zawiera przepisów dotyczących świadczeń z tytułu częściowego zmniejszenia wkładu w spółce osobowej. Ustawodawca wprost odnosi się jedynie do wystąpienia wspólnika ze spółki osobowej oraz jej likwidacji. Liczba interpretacji podatkowych oraz wyroków sądowych wydawanych w ostatnich latach świadczy o tym, że wśród dużej liczby podatników często rodzą się wątpliwości, czy w przypadku otrzymania środków pieniężnych z tytułu zmniejszenia udziału kapitałowego dojdzie do powstania przychodu po stronie wspólnika. Zarówno poglądy organów podatkowych, jak i orzecznictwo sądów administracyjnych są niejednolite. Istnieją cztery poglądy, zgodnie z którymi środki otrzymane z tytułu zmniejszenia udziału kapitałowego w spółce osobowej:

1. Są neutralne podatkowo.
2. Stanowią przychód podlegający opodatkowaniu, natomiast przy ustalaniu kosztów należy stosować przepisy o wystąpieniu wspólnika ze spółki osobowej.
3. Stanowią przychód podlegający opodatkowaniu, natomiast koszty należy ustalić według zasad ogólnych.
4. Stanowią przychód z praw majątkowych.

Brak regulacji prawnej oraz niejednolite stosowanie przepisów podatkowych, zarówno przez organy podatkowe, jak i sądy administracyjne, wprowadza stan niepewności wśród szerokiego grona podatników. Takie zjawisko należy ocenić negatywnie, bowiem narusza ono zasadę budzenia zaufania obywateli do władzy publicznej oraz zasadę równego traktowania. Ze względu na skalę problemu oraz rozbieżności w orzecznictwie ustawodawca zdecydowanie powinien wprowadzić odpowiednią regulację prawną, która rozwiązałaby istniejące obecnie wątpliwości interpretacyjne.

2. Neutralność podatkowa

Zgodnie z pierwszym poglądem, wypłata przez spółkę osobową na rzecz wspólnika środków pieniężnych tytułem zmniejszenia udziału kapitałowego nie powoduje powstania po stronie wspólnika przychodu w rozumieniu art. 11 ust. 1 u.p.d.o.f. Wypłacone na tej podstawie środki pieniężne nie powodują bowiem powstania przyrostu majątkowego. Wspólnik odzyskuje jedynie część swojego majątku, wniesionego wcześniej do spółki jako wkład. Żaden przepis ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych nie reguluje kwestii zmniejszenia udziału kapitałowego w spółce osobowej. Z art. 14 ust. 2 pkt 16 u.p.d.o.f. wynika jedynie, że w przypadku wystąpienia wspólnika ze spółki niebędącej osobą prawną powstaje przychód z pozarolniczej działalności gospodarczej. Jednak wskazany przepis nie może mieć zastosowania do zmniejszenia udziału kapitałowego wspólnika spółki osobowej, ponieważ nie powoduje ono wystąpienia⁷.

⁷ Zob. wyrok WSA w Krakowie z dnia 24 sierpnia 2016 r., I SA/Kr 813/16, LEX nr 2103941; wyrok WSA w Gliwicach z dnia 19 maja 2016 r., I SA/Gl 86/16, LEX nr 2057100.

W orzecznictwie wskazuje się, że zgodnie z art. 8 ust. 1 i 2 u.p.d.o.f. przychody i koszty wynikające z udziału w spółce osobowej łączone są z przychodami i kosztami wspólnika proporcjonalnie do posiadanego prawa do udziału w zysku, niezależnie od tego, czy wspólnicy otrzymują jakiegokolwiek wypłaty⁸. Ustawodawca przyjął bowiem zasadę memoriałowego rozpoznawania przychodów i kosztów uzyskiwanych przez wspólników spółki osobowej. Na tej podstawie wyciągnięto wniosek, że skoro przychody spółki osobowej są opodatkowane na poziomie jej wspólników niezależnie od dokonania wypłaty, to rzeczywiste wypłaty dokonane przez spółkę na rzecz wspólnika powinny być neutralne podatkowo. W przeciwnym wypadku najpierw przychody i koszty z udziału w spółce byłyby opodatkowane według zasady memoriałowej, a następnie podlegałyby ponownemu opodatkowaniu w przypadku faktycznych wypłat⁹.

W konsekwencji sądy uznają, że skoro ustawodawca nie wprowadził w ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych wyrażnej normy nakazującej opodatkowanie częściowego zwrotu wkładu ze spółki osobowej, to w momencie uzyskania wypłaty przez wspólnika jest ona neutralna podatkowo¹⁰. Natomiast skutki podatkowe powinny być analizowane dopiero w momencie likwidacji spółki albo wystąpienia wspólnika ze spółki. Zwolennicy tego poglądu zwracają również uwagę, że zakazane jest stosowanie analogii na niekorzyść podatnika, w związku z tym brak wyrażnej regulacji powinien być traktowany jako obszar wolny od opodatkowania i zakazane jest stosowanie w tym wypadku analogii.

W świetle art. 14 ust. 3 pkt 10 i 11 u.p.d.o.f., przy całkowitym wystąpieniu wspólnika ze spółki, wyłączeniu z przychodów podlega nadwyżka przychodów nad kosztami ich uzyskania, pomniejszona jednak o wypłaty dokonane z tytułu udziału w takiej spółce. W konsekwencji, wcześniejsze wypłaty z tytułu udziału w spółce powiększają przychód do opodatkowania w momencie wystąpienia wspólnika. Jeżeli wypłaty z tytułu częściowego zwrotu wkładu ze spółki osobowej podlegałyby opodatkowaniu w momencie wystąpienia wspólnika ze spółki, zostałyby one zatem opodatkowane ponownie¹¹. Natomiast nie wprowadzono żadnej normy prawnej, która eliminowałaby opodatkowanie przy wystąpieniu ze spółki wypłat z tytułu udziału w spółce, które zostały wcześniej opodatkowane. Na podstawie wyżej wskazanych przepisów sądy wywodzą wniosek, że zamierzeniem ustawodawcy było odroczenie opodatkowania wypłat z tytułu udziału w spółce osobowej do momentu całkowitego wystąpienia wspólnika ze spółki.

Również przedstawiciele doktryny uznają, że w przypadku zwrotu części wkładu pieniężnego nie występuje przychód¹². A. Bartosiewicz oraz R. Kubacki zwracają

⁸ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 maja 2014 r., II FSK 1471/12, LEX nr 1463441; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 10 maja 2016 r., I SA/Po 45/16, LEX nr 2059969; wyrok WSA w Krakowie z dnia 14 czerwca 2016 r., I SA/Kr 469/16, LEX nr 2066566.

⁹ Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 10 maja 2016 r., I SA/Po 45/16, LEX nr 2059969.

¹⁰ Wyrok WSA w Krakowie z dnia 14 czerwca 2016 r., I SA/Kr 469/16, LEX nr 2066566.

¹¹ *Ibidem*.

¹² J. Sekita, *Podatki dochodowe. 522 wyjaśnienia i interpretacje*, WKP, 2015, s. 336.

uwagę, że w ramach nowego sposobu potraktowania spółek osobowych na gruncie podatku dochodowego od osób fizycznych przyjęto podstawowe założenie, że wniesienie do spółki osobowej wkładu jest zdarzeniem całkowicie neutralnym podatkowo¹³. Co oznacza, że również w stosunku do wycofania składnika majątkowego ze spółki osobowej należy przyjąć neutralność. Skoro w chwili wniesienia składników majątku do spółki osobowej nie ma skutków po stronie kosztowej, to tak samo nie powinno być skutków po stronie przychodowej w chwili wycofania tych składników ze spółki osobowej¹⁴.

W doktrynie podnosi się również, że wobec wyraźnego określenia w art. 14 ust. 2 pkt 16 i 17, w jakich przypadkach powstaje przychód z działalności gospodarczej, należy uznać, iż zwrot części wkładu dla wspólnika nie powoduje powstania przychodu¹⁵. W takiej sytuacji nie ma bowiem przysporzenia majątkowego¹⁶. Wspólnik otrzymuje tylko to, co wcześniej wniósł jako wkład.

Argumentacja sądów budzi jednak wątpliwości. Zgodnie z art. 9 ust. 1 u.p.d.o.f., opodatkowaniu podatkiem dochodowym podlegają wszelkiego rodzaju dochody, z wyjątkiem dochodów wskazanych w ustawie. Opodatkowanie dochodu jawi się zatem jako reguła, natomiast wyjątkiem jest sytuacja, gdy dochód nie podlega opodatkowaniu. Zgodne jest to z ogólną zasadą powszechności opodatkowania, w myśl której wszelkie zwolnienia i ulgi podatkowe w systemie prawa podatkowego są wyjątkiem, ponieważ stanowią istotne odstępstwo od zasady sprawiedliwości podatkowej¹⁷. Natomiast w ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych nie ma przepisu, który zwalniałby środki otrzymane z tytułu zmniejszenia wkładu w spółce osobowej¹⁸.

Ponadto wątpliwości wzbudza argument o podwójnym opodatkowaniu. Należy zadać sobie pytanie, czy środki otrzymane w chwili zmniejszenia udziału kapitałowego stanowią wypłaty z tytułu udziału w spółce. Określenie „wypłaty dokonane z tytułu udziału w spółce” może sugerować, że ustawodawcy chodziło o wypłaty związane z podziałem zysku, a więc z sytuacją, kiedy wspólnik uzyska faktycznie jakąś korzyść związaną z posiadaniem. W przypadku zwrotu części wcześniej wniesionego wkładu wspólnik nie uzyskuje żadnych korzyści związanych ze statusem wspólnika, a odzyskuje jedynie środki, które wcześniej wniósł, kosztem utraty części swoich praw i obowiązków.

¹³ A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Komentarz do art. 21 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych* [w:] *PIT. Komentarz*, red. A. Bartosiewicz, R. Kubacki, LEX 10145, pkt 9.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ A. Mariański, *Podatkowe aspekty przystępowania i występowania z osobowych spółek handlowych po zmianach obowiązujących od 1.01.2011 r.*, PP 2011/2, s. 39.

¹⁶ M. Jamróży [w:] *Spółka osobowa prawa handlowego. Aspekty prawno-podatkowe, optymalizacja podatkowa*, red. M. Jamróży, WKP, 2012, LEX 141216, pkt 3.10.

¹⁷ A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Komentarz do art. 9 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych* [w:] *PIT. Komentarz*, red. A. Bartosiewicz, R. Kubacki, LEX 10145, pkt 1.

¹⁸ Warto pamiętać, że do 2011 r. istniał przepis przewidujący zwolnienie od opodatkowania zwrotów wkładów w spółce osobowej.

Jeżeli jednak wypłata środków z tytułu zmniejszenia części udziału kapitałowego zostanie uznana za wypłatę dokonaną z tytułu udziału w spółce, to zgodnie z art. 14 ust. 3 pkt 11 u.p.d.o.f. powinna powiększać przychód w chwili wystąpienia wspólnika ze spółki. W takim przypadku doszłoby do podwójnego opodatkowania. Jeżeli jednak zostaną one uznane za wypłaty niezwiązane z udziałem w spółce, to nie powinno dojść do ponownego opodatkowania w chwili wystąpienia wspólnika.

3. Analogiczne stosowanie przepisów o wystąpieniu wspólnika ze spółki osobowej

Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 6 czerwca 2015 r. zaprezentował stanowisko, zgodnie z którym zwrot części wkładów na rzecz wspólnika spółki osobowej należy traktować jako przychód z pozarolniczej działalności gospodarczej, do którego należy stosować na zasadzie analogii przepisy o wystąpieniu wspólnika ze spółki osobowej¹⁹.

Zgodnie z art. 9 ust. 1 u.p.d.o.f. opodatkowaniu podlegają wszelkiego rodzaju dochody, z wyjątkiem dochodów zwolnionych oraz dochodów, od których na podstawie przepisów Ordynacji podatkowej zaniechano poboru podatku. NSA podkreślił, że żaden przepis ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych nie wyłącza z kategorii przychodów, ani nie zwalnia z opodatkowania przysporzenia majątkowego w postaci wypłaty środków pieniężnych z tytułu częściowego zwrotu wkładu wniesionego do spółki osobowej. Warto zwrócić uwagę, że przed nowelizacją z 2011 r. istniał przepis, który wprowadzał zwolnienie z opodatkowania takich wypłat.

NSA argumentował także, że w art. 14 ust. 1 i ust. 2 u.p.d.o.f. wskazano, że do przychodów z działalności gospodarczej zalicza się środki pieniężne otrzymane przez wspólnika spółki niebędącej osobą prawną z tytułu wystąpienia z takiej spółki oraz przychody z odpłatnego zbycia składników majątku otrzymanych w związku z wystąpieniem z niej wspólnika. Zdaniem NSA źródłem przychodu zarówno w przypadku wystąpienia, jak i częściowego obniżenia wkładu w spółce, jest rezygnacja z prawa do udziału w zysku spółki. Obniżenie wkładu przez wspólnika można uznać za pewnego rodzaju częściowe wystąpienie. W obu przypadkach przesłanki powstania przychodu są takie same. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 12 maja 2003 r. wskazał, że zastosowanie wniosku o większego na mniejsze *a maiori ad minus* wymaga założenia jednorodności przesłanek rozumowania²⁰. Podstawę takiego wniosku stanowi przepis uprawniający, a schemat rozumowania jest następujący: komu wolno więcej, temu tym bardziej wolno mniej²¹. Prowadzi to do wniosku, że skoro środki uzyskane z wystąpienia

¹⁹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 czerwca 2015 r., II FSK 1072/13, LEX nr 1774042. Pogląd ten został potwierdzony również w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 4 września 2015 r., II FSK 1656/13, LEX nr 1986227.

²⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 maja 2003 r., SK 38/02 (Dz.U. z 2003, Nr 88, poz. 818).

²¹ L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 248.

ze spółki należy uznać za przychód z pozarolniczej działalności gospodarczej, to również taka kwalifikacja źródła przychodu powinna dotyczyć zmniejszenia wielkości udziałów wspólnika w takiej spółce. Jeżeli przychód z tytułu wystąpienia wspólnika ze spółki jest rodzajowo tożsamy z przychodem z tytułu wycofania części wkładu z takiej spółki, zasadne jest stosowanie identycznych reguł ustalania wysokości dochodu z tych tytułów. W konsekwencji zastosowanie znajdzie art. 24 ust. 3c u.p.d.o.f., zgodnie z którym dochodem jest różnica między przychodem a wydatkami na nabycie lub objęcie prawa do udziału w spółce. Takie samo stanowisko zostało wyrażone w najnowszych interpretacjach podatkowych wydawanych przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej²².

Wskazany wyżej pogląd zasługuje na aprobatę. Po nowelizacji ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych w 2011 r. przestało istnieć zwolnienie podatkowe dotyczące wypłat dokonywanych przez spółkę osobową na rzecz wspólnika. Natomiast za przychód uznawane są środki otrzymane w trakcie wystąpienia wspólnika ze spółki osobowej. Poprzez wystąpienie ze spółki wspólnik całkowicie wyzbywa się praw i obowiązków związanych z udziałem w spółce, natomiast częściowe zmniejszenie udziału kapitałowego prowadzi do częściowego wyzbycia się tych samych praw i obowiązków. Zatem te dwie czynności są do siebie w dużym stopniu podobne. Wobec powyższego częściowe zmniejszenie wkładu będzie prowadziło do powstania przychodu po stronie wspólnika. Na gruncie ustawy o podatku dochodowym opodatkowaniu co do zasady podlega dochód, a nie przychód, w związku z powyższym przychód będzie podlegał zmniejszeniu o wydatki poniesione w celu nabycia udziałów. Zatem w przypadku, gdy wspólnik otrzyma tylko tyle, ile wcześniej do spółki wniósł, nie dojdzie do opodatkowania.

4. Ustalanie kosztów według zasad ogólnych

NSA w wyroku z dnia 14 maja 2015 r. stwierdził, że żaden przepis ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych nie wyłącza z kategorii przychodów, ani nie zwalnia z opodatkowania przysporzenia majątkowego w postaci wypłaty środków pieniężnych na rzecz wspólnika spółki osobowej z tytułu zmniejszenia jego udziału kapitałowego²³.

²² Interpretacja indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 17 stycznia 2018 r., 0111-KDIB1-1.4011.240.2017.1.SG, LEX 428606; interpretacja indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 23 czerwca 2017 r., 0111-KDIB1-1.4011.38.2017.1.BK, LEX nr 350293; interpretacja indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 21 listopada 2017 r., 0112-KDIL3-1.4011.272.2017.2.AA, LEX 421256.

²³ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 maja 2015 r., II FSK 818/13, LEX nr 1774594; zob. także wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 maja 2015 r., II FSK 817/13, LEX nr 1774593; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 maja 2015 r., II FSK 816/13, LEX nr 1774592.

NSA wykluczył stosowanie art. 24 ust. 3c u.p.d.o.f. przy ustalaniu kosztów uzyskania przychodu, ponieważ przepis ten reguluje szczególny przypadek ustalenia dochodu z tytułu wystąpienia wspólnika ze spółki osobowej. W konsekwencji uznał, że przepis ten nie obejmuje przypadku częściowego zwrotu wkładu wspólnika bez jednoczesnej likwidacji spółki bądź wystąpienia wspólnika ze spółki. NSA przyjął, że częściowego zwrotu wkładu na rzecz wspólnika nie należy traktować na gruncie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych tak jak wystąpienia wspólnika. Przepis art. 24 ust. 3c u.p.d.o.f. stanowi bowiem wyjątek od zasad ogólnych opodatkowania przychodu z działalności gospodarczej i nie może być interpretowany w ten sposób, że wyrażone w nich dyspozycje byłby rozszerzane na zdarzenia, które nie zostały opisane w przepisie²⁴. Skoro częściowy zwrot wkładu do spółki osobowej skutkuje u podatnika powstaniem przychodu innego niż przychód związany z wystąpieniem ze spółki, to zgodnie z wyrokiem uwzględnienie kosztów uzyskania tego przychodu nie może podlegać odroczeniu do momentu wystąpienia ze spółki.

W konsekwencji NSA uznał, że zmniejszenie udziału kapitałowego wspólnika w spółce osobowej powoduje powstanie przychodu, który będzie podlegał zmniejszeniu o koszty jego uzyskania zgodnie z ogólnymi zasadami z art. 22 ust. 1 u.p.d.o.f.

5. Przychód z praw majątkowych

Wśród organów podatkowych pojawił się pogląd, zgodnie z którym środki pieniężne otrzymane z tytułu zmniejszenia udziału kapitałowego należy zaliczyć do przychodów ze źródła z art. 10 ust. 1 pkt 7 u.p.d.o.f., który obejmuje między innymi prawa majątkowe. Taki przychód jest bowiem związany z udziałem w spółce, a więc z prawem majątkowym, a nie z działalnością gospodarczą²⁵. Przepisy ustawy podatkowej nie definiują pojęcia „prawa majątkowe”, a zawarty w art. 18 u.p.d.o.f. katalog praw stanowi jedynie przykładowe wyliczenie, na co wskazuje użyte przez ustawodawcę sformułowanie „w szczególności”. Organy podatkowe wskazują więc, że prawa związane z udziałem wspólnika w spółce osobowej mają charakter praw majątkowych. Prawa majątkowe stanowią zarówno prawa i obowiązki o charakterze korporacyjnym, jak i majątkowym²⁶. Natomiast przy ustalaniu dochodu należy uwzględnić koszty poniesione w związku z nabyciem wkładu proporcjonalnie do wielkości obniżenia.

Jednak przez ostatnich kilka lat interpretacje zawierające takie rozwiązanie często podlegały uchyleniu w postępowaniach przed wojewódzkimi sądami administracyjnymi ze względu na błędną kwalifikację źródła przychodu. Skoro przychód z tytułu wystąpienia wspólnika ze spółki osobowej stanowi przychód z działalności gospodarczej, to częściowe unicestwienie udziału kapitałowego, które jest rodzajowo

²⁴ Wyrok NSA, II FSK 818/13, *op.cit.*

²⁵ Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 13 lipca 2015 r., ITPB4/4511-89/15/KW, LEX nr 280658.

²⁶ Interpretacja Indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 4 stycznia 2008 r., ILPB1/415-121/07-2/GM, LEX nr 68213.

podobno do wystąpienia, nie powinno zostać zakwalifikowane do przychodów z praw majątkowych²⁷.

6. Zakończenie

Zmiana art. 21 ust. 1 pkt 50 u.p.d.o.f., dokonana nowelizacją z 2011 r., doprowadziła do dużych rozbieżności interpretacyjnych. Zarówno wśród organów podatkowych, jak i sądów administracyjnych nie ma jednolitego stanowiska jak należy kwalifikować środki pieniężne otrzymane z tytułu zmniejszenia udziału kapitałowego. Jedynie przedstawiciele doktryny jednoznacznie stwierdzają, że środki otrzymane w taki sposób nie powinny być uznawane za przychód.

Obowiązujące przepisy ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych nie dają jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy środki z tytułu zmniejszenia wkładu w spółce stanowią przychód. Sam Naczelny Sąd Administracyjny przedstawia różne stanowiska w identycznych stanach faktycznych. Ze względu na podobieństwa występujące między wystąpieniem ze spółki a częściowym obniżeniem udziału kapitałowego, przekonywujący jest pogląd, że środki uzyskane w taki sposób powinny być traktowane podobnie. Jednak przedstawiany w orzecznictwie i doktrynie argument, że środki otrzymane z tytułu obniżenia wkładu nie powodują przysporzenia majątkowego, również wydaje się trafny.

Brak regulacji prawnej i niejednolite stosowanie przepisów doprowadza do stanu niepewności prawnej. Liczba interpretacji podatkowych oraz wyroków sądowych wydawanych w ostatnich latach świadczy o tym, że nie jest to problem marginalny. W związku z powyższym ustawodawca zdecydowanie powinien wprowadzić odpowiednią regulację prawną, która rozwiązałaby istniejące obecnie wątpliwości interpretacyjne.

* * *

Tax Effects of the Payment of Cash from the Reduction of the Capital Share in a Partnership on the Ground of Personal Income Tax

The subject of this article is the issue of tax effects of the payment of cash from the reduction of the capital share in a partnership on the ground of personal income tax. In the current Polish legal standing, the legislator has not decided to regulate directly the taxation of such disbursements in the Act on Personal Income Tax. Lack of regulation and inconsistent application of tax law by tax authorities and administrative courts introduces uncertainty among a wide range of taxpayers. Such phenomenon violates the principle of raising citizens' confidence in the public authorities and the principle of equal treatment, because it may lead to differentiation of legal situations of taxpayers in identical states of facts.

²⁷ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 23 stycznia 2013 r., III SA/Wa 1756/12, LEX nr 1326461.

The purpose of this article is to present the most common views expressed by administrative courts and tax authorities so that any potential taxpayer may, after reviewing the publication, determine what interpretation of the tax regulations is applied by the tax authorities and the courts, and may then apply them in their case. Moreover, the author would like to demonstrate that due to the scale of the problem and discrepancies in the application of law, legislator should definitely enact appropriate legal regulations that would solve the existing interpretative doubts.

Key words: partnership, capital share, income personal tax, income, tax remission, costs

Rafał Stożek¹

Wielokulturowość w Libanie – studium przypadku

Streszczenie:

W literaturze przedmiotu Liban opisywany jest zazwyczaj przez pryzmat wysoce zróżnicowanej struktury wyznaniowej występującej w jego społeczeństwie. W celu poszerzenia ram owego opisu postaram się odnieść przyjęte w dyskursie rozumienia pojęcia „wielokulturowości” do obecnej sytuacji społecznej i politycznej tego kraju. Przyjęcie wielokulturowej optyki nie tylko pozwala poruszyć szereg kwestii dotyczących historii, systemu prawnego i politycznego Libanu, lecz także przybliżyć jego aktualne problemy społeczne, co nadaje pracy charakter przekrojowy. Analizując podstawowe rozumienie terminu wielokulturowość podejmę próbę zrekonstruowania procesu powstawania libańskiego państwa i formowania się jego wielowyznaniowego społeczeństwa. Uwzględniając wyniki wyborów z 6 maja 2018 roku, pokrótce omówię programy polityczne wybranych ugrupowań parlamentarnych, rozważając, czy korespondują one z założeniami ideologii wielokulturowości. W podsumowaniu postaram się udzielić odpowiedzi na pytania: czy Liban jest państwem, które jest wielokulturowe?; czy realizuje politykę wielokulturowości?; czy dominująca w tym kraju ideologia państwowa nosi znamiona wielokulturowości?

Słowa kluczowe: wielokulturowość, Liban, system prawny Libanu, społeczeństwo, polityka migracyjna

¹ Autor jest studentem V roku Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz uczestnikiem programu wymian pomiędzy Polską a Libanem, zorganizowanym przez Eurośroziemnomorską Fundację Dialogu Kultur im. Anny Lindh.

1. Wprowadzenie

W literaturze przedmiotu można znaleźć trzy główne rozumienia pojęcia „wielokulturowości”². Po pierwsze, używa się go do opisu takiego stanu stosunków społecznych, w których dominantą jest kulturowa różnorodność grup je kształtujących. Twierdzenie, że dana społeczność jest społecznością wielokulturową, oparte jest na istnieniu jej wysoce zróżnicowanej struktury np. wyznaniowej czy etnicznej.

Po drugie, używa się go w odniesieniu do opisu polityki akceptacji i promocji odmienności kulturowych, realizowanej zazwyczaj poprzez tworzenie systemu instrumentów prawnych mających na celu zapewnienie odpowiedniego wsparcia mniejszościom kulturowym w swobodnym kultywowaniu własnych tradycji czy zwyczajów. W swojej publikacji *Finding Our Way: Rethinking Ethnocultural Relations in Canada*³ z roku 1998, Will Kymlicka, jeden z kluczowych kanadyjskich teoretyków wielokulturowości, zawarł katalog tego typu polityk, na który składały się działania takie jak: uprzywilejowanie mniejszości w procedurach kwalifikacyjnych różnego typu, zmiana kanonu lektur, zagwarantowanie miejsc we władzach ustawodawczych czy – jakby się mogło wydawać – działania bardziej prozaiczne, tj. szerzenie tolerancji w sprawach ubioru, dwujęzyczna edukacja dzieci.

Trzecie rozumienie pojęcia wielokulturowości odnosi się do występowania określonej ideologii, której początki związane są z „kulturowym pluralizmem” H. Kallena i jego sprzeciwem względem ówczesnie obowiązującej w USA doktryny asymilacjonizmu, zainicjowanym przez niego w pracy *Democracy versus Melting-Pot*⁴ z 1915 roku. Rozkwit tak rozumianej wielokulturowości przypada na lata osiemdziesiąte XX wieku. W swoich założeniach wielokulturowość miała stanowić alternatywę dla asymilacjonizmu, obrazowo reprezentowanego w amerykańskim myśleniu przez metaforę *melting pot*, tzn. metaforę tygla, w którym poprzez zmieszanie wielu różnych grup etnicznych, wytapia się jedna, zawierająca w sobie wszystkie inne, ale jednak nowa grupa – naród amerykański.

Niniejsze wprowadzenie zwięźcie przedstawieniem przyjętej w literaturze na temat wielokulturowości definicji kultury. Mając świadomość definicyjnych trudności związanych z tym pojęciem, odwołam się do A. Szahaja, który podaje, iż: „Przyjmuje się najczęściej milcząco, że jej wyróżnikiem jest spójna i jednorodna wspólnota języka, tradycji, wyznania i obyczajów”, zaznaczając jednak że: „tak pojmowana kultura albo dziś nie istnieje, albo jest niezwykle rzadkością, albowiem w świecie dzisiejszym wszelkie granice są porowate, autoidentyfikacja grup i jednostek zmienna, tożsamość hybrydowa, podzielona i płynna”⁵.

² B. Polanowska-Sygulska, *Rozmowy z oksfordzkimi filozofami*, Kraków 2011, s. 121–124.

³ W. Kymlicka, *Finding Our Way: Rethinking Ethnocultural Relations in Canada*, Oxford 1998.

⁴ H. Kallen, *Democracy Versus the Melting-Pot*, *The Nation* 1915, https://archive.org/stream/1915DemocracyVersusTheMeltingPot/1915_Democracy_versus_the_Melting_Pot#page/n3/mode/2up, 24.06.2018.

⁵ A. Szahaj, *E pluribus unum? Dylematy wielokulturowości i politycznej poprawności*, Kraków 2010, s. 58–59.

Liban jest krajem, który z trudem poddaje się powszechnie stosowanym klasyfikacjom, próbom przyporządkowania go do wielokrotnie już opisanych modeli czy niekiedy nawet usiłowań przeprowadzenia szczegółowej analizy konkretnej dziedziny życia społecznego. Mimo napotykaných trudności, zainteresowanie polskich badaczy tematyką libańską ogniskuje się głównie wokół zagadnień dotyczących historii jego państwowości, prawodawstwa, polityki oraz zagadnień związanych ze strukturą jego społeczeństwa. Celem niniejszego artykułu jest przeprowadzenie analizy i próba odpowiedzi na pytanie, czy przy tak przyjętych ustaleniach pojęciowych można zasadnie twierdzić, że Liban jest krajem wielokulturowym we wszystkich trzech, wyżej zaprezentowanych, rozumieniach tego pojęcia.

Plan dalszego wywodu przedstawia się następująco: w ramach analizy pierwszego rozumienia wielokulturowości przedstawię krótki rys historii powstawania tego kraju oraz istotne dla dalszych rozważań statystyki, dotyczące struktury wyznaniowej oraz sytuacji migracyjnej w okresie kilku ostatnich lat. Następnie przejdę do rozważań nad drugim rozumieniem tego terminu, skupiając się na zagadnieniu statusu prawnego przebywających na terytorium Libanu Syryjczyków. Konkludując rozważania i odnosząc się do drugiego rozumienia (w kontekście wymogów, jakie powinna spełniać polityka uwzględniająca uwarunkowania wielokulturowej rzeczywistości), przeanalizuję programy niektórych libańskich partii politycznych oraz leżące u podstaw konstytucji z roku 1926 założenia ustrojowe, a następnie rozważę, czy i jakie związki zachodzą pomiędzy nimi a głównymi postulatami ideologii wielokulturowości. W ramach podsumowania, rekapitulując dotychczasowe rozważania, postaram się udzielić odpowiedzi na pytanie postawione w części wprowadzającej.

2. Rozumienie I – wielokulturowość jako rzeczywisty stan stosunków społecznych

2.1. Rys historyczny

Zrekonstruowanie libańskiego modelu społeczeństwa oraz zbadanie, czy rzeczywistość ma ono charakter wielokulturowy, wymaga przedstawienia kilku podstawowych faktów historycznych oraz odwołania się do dostępnych w materiałach źródłowych statystyk.

Utrata wpływów przez Imperium Osmańskie, spowodowana jego udziałem w I wojnie światowej po stronie pokonanego obozu państw centralnych, wytworzyła m.in. na terenach obecnego Libanu polityczną próżnię. Francja, od dziesięcioleci realizująca swoje interesy na Bliskim Wschodzie, płynnie zapełniła ową lukę we władzy, zapewniając sobie w 1920 roku kontrolę nad terytorium dzisiejszego Libanu⁶. Chociaż już w 1926 roku francuski mandatariusz nadał Libanowi konstytucję⁷, to w dalszym ciągu stosunki

⁶ R. Ożarowski, *Polityka zagraniczna Libanu*, 2012, s. 338, <http://ptsm.edu.pl/wp-content/uploads/publikacje/poziomy-analazy-stosunkow-miedzynarodowych/Ozarowski.pdf>, 24.06.2018.

⁷ Konstytucja Republiki Libańskiej z 1926 roku, <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/lb/lb018en.pdf>, 24.06.2018.

zagraniczne oraz sprawy wojskowe pozostawały w gestii rządu III Republiki, a reprezentujący ją wysoki komisarz mógł uchylić każdą decyzję rządu w Bejrucie⁸.

Nadana w tym okresie konstytucja jest ciągle obowiązującym aktem prawnym. Pomimo tego, że od początku swojego obowiązywania ulegała licznym zmianom, już w swojej pierwotnej treści zawierała szereg istotnych postanowień dla przyszłego, niepodległego państwa libańskiego. Były to między innymi zapisy dotyczące utrzymania konfesyjnego systemu sprawowania władzy, co równało się odrzuceniu, początkowo forsowanej przez Francję, koncepcji państwa laickiego⁹. Wprowadzony w art. 95 konstytucji system parlamentarny, uwzględniający kryterium wyznaniowe, przewidywał „sprawiedliwą reprezentację gmin religijnych w urzędach publicznych i ministerstwach”. Niepisana umowa z tamtego okresu przewidywała, że stanowiska prezydenta, premiera oraz przewodniczącego parlamentu będą obsadzone według klucza wyznaniowego, a więc każdorazowo będą je zajmować odpowiednio maronita, sunnita oraz szyita (w 1943 roku umowa ta zostanie potwierdzona w powszechnie znanej formule tzw. Paktu Narodowego)¹⁰.

W trakcie II wojny światowej Liban stał się areną konfliktu pomiędzy rządem Vichy a siłami Wolnej Francji gen. de Gaulle’a. Jego punktem szczytowym była interwencja połączonych sił brytyjskich oraz dowodzonych przez gen Georges’a Catroux oddziałami Wolnej Francji. W czerwcu 1941 roku, po pokonaniu wojsk rządu Vichy, siły sprzymierzonych zajęły Syrię i Liban. Wojskowa obecność Brytyjczyków umożliwiła im sprawowanie efektywnej kontroli nad libańskim handlem zagranicznym, szlakami zaopatrzenia ludności, liniami komunikacyjnymi oraz środkami łączności. W sytuacji konfliktu na skalę globalną, wspierane oraz formalnie sprzymierzone z rządem Jego Królewskiej Mości siły Wolnej Francji uznały w formie układu militarne zwierzchnictwo Brytyjczyków na Bliskim Wschodzie¹¹.

Stopniowo narastająca brytyjsko-francuska rywalizacja oraz naciski samych Libańczyków poskutkowały złożeniem przez Francję 26 listopada 1941 roku oficjalnej deklaracji, której istotą było uznanie Libanu za suwerenne państwo¹². Następnie, na początku 1943 roku, delegat generalny gen. Catroux wyraził zgodę na przywrócenie konstytucji, zawieszanej w 1932 roku. Powołany w marcu 1943 roku rząd tymczasowy przeprowadził wybory parlamentarne już w sierpniu tego samego roku. Ich zwycięzcą okazał się Blok Konstytucyjny, stawiający sobie za cel „wykorzystanie w walce o niepodległość rywalizacji francusko-brytyjskiej”¹³. Narastające żądania nowo wybranego rządu

⁸ D. Madeyska, *Liban*, Warszawa 2003, s. 49.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*, s. 50.

¹¹ M. Pękała, *Procesy społeczno – polityczne w Libanie. Kontekst historyczny i obraz współczesny*, Kraków 2016, s. 106, <http://rep.up.krakow.pl/xmlui/bitstream/handle/11716/1218/Maciej%20P%C4%99kała.Procesy%20spo%C5%82eczno-polityczne%20w%20Libanie.%20Kontekst%20historyczny%20i%20obraz%20wsp%C3%B3%C5%82czesny.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, 24.06.2018.

¹² D. Madeyska, *op.cit.*, s. 60.

¹³ *Historia krajów arabskich 1917–1966*, red. D.R. Woblikow, Warszawa 1974, za D. Madeyską, *op.cit.*, s. 60.

libańskiego oraz popierającej go silnie nacjonalistycznej większości parlamentarnej dotyczące m.in. przekazywania Libańczykom kontroli nad administracją państwową, spotkały się ze stanowczą odmową francuskiego delegata generalnego. Po ponownym zawieszeniu konstytucji 11 listopada, kolejny delegat generalny Jean Helleu rozwiązał parlament, a następnie aresztował urzędującego prezydenta, premiera oraz niektórych ministrów. Powyższe działania Helleu poskutkowały natychmiastowym wybuchem niepokojów społecznych oraz zjednoczeniem wokół kwestii niepodległości skłóconych stronnictw politycznych, reprezentujących różne grupy wyznaniowe. W obawie przed trudnym do przewidzenia rozwojem wypadków, rząd brytyjski podjął interwencję, która ostatecznie zmusiła Francję do ustąpienia. Historia niepodległego Libanu rozpoczyna swój bieg 22 listopada 1943 roku, kiedy to zwolnieni z więzienia politycy triumfalnie powracają do Bejrutu¹⁴.

2.2. Wielowyznaniowość

Od samego początku istnienia państwa libańskiego, jego społeczeństwo cechowała wyznaniowa różnorodność. Fakt ten potwierdzają nie tylko liczne relacje historyczne, lecz także urzędowy spis ludności z 1932 roku¹⁵. Wykonany jeszcze przez władze francuskie – jak się później okaże, ostatni – oficjalny tego typu spis podaje, że społeczność maronicka stanowiła wtedy – 29%, greko-prawosławna – 10%, grekokatolicka – 6%, a inne społeczności chrześcijańskie łącznie konstituowały pozostałe – 6%, co składa się na większość wynoszącą 51%. Liczby w przypadku społeczności muzułmańskich przedstawiały się następująco: społeczność sunnicka – 22%, szyicka – 20%, druzyjska – 7% (pomimo istnienia istotnych odrębności kulturowych oraz religijnych społeczność druzyjska została na potrzeby niniejszej spisu, zaliczona do społeczności muzułmańskich), co w sumie daje pozostałe 49%.

Nieprzeprowadzanie kolejnych spisów ludności jest świadomą polityką rządu libańskiego, bowiem parlamentarna reprezentacja najliczniejszych społeczności religijnych została oparta na istniejącej w przeszłości proporcji odzwierciedlającej strukturę wyznaniową społeczeństwa. Pierwsza wersja owej proporcji zakładała, że na każde przysługujące społecznościom chrześcijańskim 6 miejsc w parlamencie, społecznościom muzułmańskim będzie przysługiwało miejsc 5¹⁶. Do jej zmiany, na obowiązującą aktualnie 5:5, doszło dopiero na mocy porozumienia z Taif z roku 1989¹⁷, którego celem było zakończenie wyniszczającej wojny domowej lat 1975–1990.

Nietrudno zatem zrozumieć powody, dla których w państwie o reprezentacji parlamentarnej opartej na tego typu proporcji, nie przeprowadza się oficjalnych spisów ludności – konieczność uwzględnienia wpływających z nich wniosków uzasadniałaby ciągłą rewizję poprzednich ustaleń, a to z kolei groziłoby rozchwianiem całego systemu

¹⁴ D. Madeyska, *op.cit.*, s. 61.

¹⁵ R. Ożarowski, *op.cit.*, s. 340.

¹⁶ *Historia krajów arabskich 1917–1966*, red. D.R. Woblikow, Warszawa 1974, za D. Madeyska, *op.cit.*, s. 65.

¹⁷ Porozumienie z Taif, s. 2, <http://www.presidency.gov.lb/Arabic/LebaneseSystem/Documents/TaifAgreementEn.pdf>, 24.06.2018.

politycznego i zaburzeniem kruchej równowagi sił, istniejącej między poszczególnymi grupami wyznaniowymi. Tak skonstruowany system rządów czyni w istocie ze struktury wyznaniowej kwestię przesądającą o tym, kto, w jakim zakresie, i w jakim okresie czasu sprawuje władzę w Libanie.

Pomimo zmieniającej się na przestrzeni lat struktury wyznaniowej, Liban w dalszym ciągu pozostaje krajem o ogromnym zróżnicowaniu religijnym. Obecnie, oficjalnie zarejestrowanych jest 18 grup wyznaniowych, w tym – co ciekawe – wspólnota żydowska¹⁸. Grupy te mają prawo stosować normy postępowania wynikające z wyznawanej przez nie religii w sprawach takich jak zawieranie małżeństw, udzielanie rozwodów czy w kwestiach dziedziczenia. Dodatkowo mogą one prowadzić własne szkoły, o ile, jak stanowi art. 10 konstytucji, będą one przestrzegały regulacji obowiązujących szkoły publiczne, które to z kolei zabraniają im szerzenia treści nawołujących do konfliktów na tle wyznaniowym oraz kreowania sytuacji mogących wywoływać zagrożenie dla bezpieczeństwa narodowego.

Ostatni spis ludności¹⁹, na który powołują się badacze tematyki libańskiej oraz instytucje międzynarodowe, sporządzony został w 2012 roku przez prywatną spółkę *Statistics Lebanon Ltd*. Zgodnie z nim struktura wyznaniowa Libanu w 2012 roku przedstawiała się następująco: społeczność sunnicka – 27%, szyicka – 27%, maronicka – 21%, greko-prawosławna – 8%, druzyjska – 5,6%, grekokatolicka – 5%, inne społeczności chrześcijańskie – 6,5%. Po 70 latach od sporządzenia oficjalnego spisu stosunek demograficzny zmienił się na korzyść społeczności muzułmańskich stanowiących (licząc razem ze społecznością druzyjską) 59,6%, przy pozostałych 40,5%, które przypadały społeczności chrześcijańskiej. Główną przyczyną zmiany owego stosunku jest przede wszystkim odmienny model rodziny funkcjonujący w ramach wielodzietnych wspólnot muzułmańskich, a ograniczających dietność wspólnot chrześcijańskich. Czynnikiem dodatkowym w tym zakresie są trudne do odrobienia straty ludnościowe, jakie ponieśli chrześcijanie podczas libańskiej wojny domowej.

2.3. Religia a kultura

Na obecnym etapie rozważań warto postawić pytanie, czy w przypadku Libanu można utożsamiać pojęcie przynależności do danej grupy wyznaniowej z przynależnością do danej grupy kulturowej. Na pierwszy plan wysuwają się trudności związane z nieostrością pojęcia kultury. W zależności od rozumienia tego terminu możemy twierdzić, że w ramach libańskiego społeczeństwa:

- 1) koegzystuje szereg kultur, których wspólnota języka, tradycji, wyznania i obyczajów jest silnie związana z wpływem konkretnej religii,
- 2) dominuje model kultury arabskiej, który zawiera w sobie wypływające z różnych religii, przeciwstawne wzorce wartościowych stylów życia, obyczajów, dyrektyw

¹⁸ Liczbę jej członków szacuje się na kilkadziesiąt osób. U.S Library of Congress, <http://countrystudies.us/lebanon/56.htm>, 24.06.2018.

¹⁹ Podano wartości zawarte w opracowaniu Departamentu Stanu Stanów Zjednoczonych, *LEBANON 2012 INTERNATIONAL RELIGIOUS FREEDOM REPORT*, <https://www.state.gov/documents/organization/208612.pdf>, 24.06.2018.

moralnych oraz instytucje społeczne o przeciwstawnej budowie np. muzułmańskie małżeństwo poligamiczne i chrześcijańskie małżeństwo monogamiczne.

Biorąc pod uwagę przyjęte rozumienie kultury skłonny jestem zaryzykować tezę, że siła oddziaływania religii na społeczne funkcjonowanie poszczególnych grup wyznaniowych oraz jej wpływ na wykształcenie się określonych zwyczajów, tradycji, stylów życia itp. pozwala na utożsamianie rozróżnienia o charakterze religijnym z rozróżnieniem o charakterze kulturowym. Przynależność do określonej grupy wyznaniowej, prawdopodobnie również z uwagi na uczynienie z niej głównego wyznacznika identyfikującego jednostkę w ramach życia społecznego, ma ogromną siłę formacyjną i jest bardzo silnym czynnikiem kulturotwórczym²⁰. Kultury libańskich maronitów, libańskich sunnitów czy druzów niezaprzeczalnie łączy wspólny im wszystkim pierwiastek arabski, natomiast istniejące odmienności skłaniają do wyodrębnienia w łonie szeroko ujmowanej kultury arabskiej różnych kultur, uformowanych w dużej mierze pod wpływem wyznawanej przez dane grupy religii.

Podsumowaniem tej części wywodu niech będzie konkluzja o tkwiącej już u podstaw libańskiej państwowości oraz społeczeństwa różnorodności wyznaniowej i tworzonej przez nią bezpośrednio kulturowej odmienności. Można nawet twierdzić, iż w przypadku Libanu ta różnorodność ma niejako charakter przedpaństwowego, na co wskazuje choćby wyżej wspomniany, niepisany kontrakt społeczny w postaci przyjęcia wyznaniowego klucza obsady stanowisk państwowych, zawarty jeszcze przed uzyskaniem przez Libańczyków decydującego wpływu na bieg spraw w ich państwie.

2.4. Demografia, sytuacja migracyjna

Zaprezentowane wcześniej wielkości procentowe, odzwierciedlające liczebność grup wyznaniowych decydujących o życiu politycznym Libanu, należy poprzeć również podaniem choćby przybliżonej liczby ludności przebywającej na terytorium tego kraju. *The World Factbook* szacuje, że w lipcu 2017 roku w Libanie przebywało około 6,2 mln osób²¹, z czego – jak podaje UNHCR – prawie 992 tys. stanowią zarejestrowani uchodźcy syryjscy (dane z maja 2018)²². Liczba uchodźców niezarejestrowanych mieści się w przedziale od 300 do 500 tys. osób²³. Dodatkowo dane z lipca 2014 roku wskazują²⁴, że na terytorium Libanu przebywa prawie 450 tys. zarejestrowanych uchodźców palestyńskich, których obecność związana jest głównie z ucieczką tej ludności wywołaną wojną arabsko-izraelską z lat 1948–49 oraz tzw. wojną sześciodniową z roku 1967

²⁰ U.S Library of Congress, <http://countrystudies.us/lebanon/40.htm>, 24.06.2018.

²¹ CIA the world factbook, <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/le.html>, 24.06.2018.

²² Dane urzędu Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców, Syria Regional Refugee Response Inter-agency Information Sharing Portal, <http://data.unhcr.org/syrianrefugees/country.php?id=122>, 24.06.2018.

²³ M. Janmyr, *Precarity in Exile: The Legal Status of Syrian Refugees in Lebanon*, s. 58, <http://bora.uib.no/bitstream/handle/1956/15916/hdw016.pdf?sequence=3&isAllowed=y>, 24.06.2018.

²⁴ Dane Agendy Narodów Zjednoczonych dla Pomocy Uchodźcom Palestyńskim na Bliskim Wschodzie, <https://www.unrwa.org/where-we-work/lebanon>, 24.06.2018.

i ok. 31 tys. uchodźców palestyńskich z Syrii (dane UNRWA z grudnia 2016 roku)²⁵. Powyższe dane przedstawiają skalę migracyjnego problemu, z którym obecnie zmuszony jest zmierzyć się Liban.

2.5. Podsumowanie

Skrótowa prezentacja historii powstawania libańskiego państwa, a także dostępnych danych statystycznych, nie pozostawia wątpliwości odnośnie do wielokulturowego charakteru libańskiego społeczeństwa. Objętość niniejszego opracowania nie pozwala na szersze rozwinięcie zagadnień, które część teoretyków wielokulturowości traktuje jako ściśle z nią związanych, to jest zagadnień dotyczących praw kobiet oraz praw mniejszości seksualnych. Z uwagi na kluczowe znaczenie problemów związanych z konfesyjnym systemem sprawowania władzy oraz trapiących obecnie Liban problemów migracyjnych, wielokulturowość widziana przez pryzmat wielowyznaniowości i wieloetniczności zasługiwała na swoisty prymat, jako materia nieco bardziej uniwersalna. Na zauważenie zasługuje jednak fakt, iż Liban jest krajem wyróżniającym się na tle innych krajów arabskich w zakresie działań organizacji pozarządowych upominających się o prawa kobiet oraz prawa mniejszości seksualnych. W żadnym razie nie należy lekceważyć wpływu owych grup oraz reprezentujących ich organizacji na społeczne i polityczne realia, co potwierdza choćby uchylenie w sierpniu 2017 roku art. 552 libańskiego kodeksu karnego. Na mocy tego przepisu postępowanie karne ulegało zawieszeniu w sytuacji, w której osoba oskarżona o gwałt decydowała się poślubić ofiarę gwałtu i pozostawała z nią w związku małżeńskim przez okres 3 lat²⁶.

3. Rozumienie II – wielokulturowość jako koncepcja polityczna

Udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy w Libanie realizowana jest polityka wielokulturowości, będzie wymagało prześledzenia wybranych aspektów działań politycznych. Truizmem jest stwierdzenie, iż w nowoczesnych państwach kluczowym przejawem owej działalności jest prawodawstwo. W krajach o europejskich tradycjach ustrojowych – a takim właśnie państwem, z uwagi na wieloletnie oddziaływanie kulturowe Francji, jest Liban – kluczowym regulatorem stosunków społecznych jest prawo. Skoro to właśnie prawu przysługuje taka funkcja, to realizowane koncepcje polityczne powinny znajdować w nim swoje odzwierciedlenie. Oczywiście nie należy w tym zakresie bagatelizować innych, nieprzyjmujących postaci regulacji prawnych form działań politycznych, takich jak różnorakie deklaracje, negocjacje, działania wojskowe itd., jednak w niniejszym opracowaniu szczególny akcent zostanie położony na wybrane rozwiązania prawne.

Jak zasygnalizowano już na wstępie, politykę wielokulturowości cechuje poszukiwanie sposobów najefektywniejszego wspierania mniejszościowych grup kulturowych

²⁵ Dane Agencji Narodów Zjednoczonych dla Pomocy Uchodźcom Palestyńskim na Bliskim Wschodzie, <https://www.unrwa.org/prs-lebanon>, 24.06.2018.

²⁶ <https://www.wprost.pl/swiat/10070535/Liban-zniosl-kontrowersyjne-prawo-Ratowalo-gwalciciela-przed-kara-jesli-poslubil-ofiare.html>, 24.06.2018.

w celu zachowywania ich oryginalnej, zbiorowej tożsamości, a także wyrażanie uznania dla osiągnięć czy wkładu danej kultury w rozwój poszczególnych społeczności. Jest to polityka promująca postawę otwartości w stosunku do kultur innych niż nasza własna oraz wprowadzająca konkretne rozwiązania prawne, mające na celu wyrównywanie różnic między dominującym w ramach danego społeczeństwa wzorcem kulturowym a kulturami poszczególnych mniejszości. Tak zdefiniowana polityka, określana przez teoretyków wielokulturowości mianem *politics of difference* zakłada, że liberalne podejście zasadzające się na przyznawaniu wszystkim tego samego „koszyka” praw i przywilejów jest w istocie wspieraniem *societal culture*²⁷. Uprzywilejowany status tej ostatniej może zostać ograniczony tylko poprzez realizację polityk rozróżniających pierwotne statusy kultur występujących ramach danego społeczeństwa i dostosowujących wsparcie do występujących nierówności.

Z uwagi na skalę oraz istotność zjawiska, jakim jest masowa migracja Syryjczyków do Libanu, oraz fakt, iż dotyczy ona szeregu dziedzin życia społecznego i gospodarczego, prześledzenie odnoszących się do niego regulacji prawnych wydaje się poznawczo cenne. Oczywiście w libańskim dyskursie politycznym funkcjonują również opinie wyrażające przekonanie, czy może raczej nadzieję na to, że obecność Syryjczyków ma charakter tymczasowy i zakończenie wojny w Syrii skłoni ich do powrotu do kraju²⁸. Trudno jednak przewidzieć dalszy rozwój wypadków.

Status prawny Syryjczyków uciekających do Libanu przed wojną trwającą w ich kraju od 2011 roku jest problematyczny. Co istotne, Liban nie jest stroną Konwencji Genewskiej z 1951 roku. Niemniej, na podstawie punktu B preambuły do konstytucji z 1926 roku oraz jako członek ONZ, jest zobowiązany do przestrzegania zwyczajowych norm prawa międzynarodowego (np. zasady *non-refoulement*). Na mocy memorandum z 2003 roku²⁹, zawartego pomiędzy Libanem a UNHCR-em, uzgodniono, że Wysoki Komisarz, działając za pośrednictwem swoich agend na terytorium Libanu, będzie posiadał uprawnienie do rejestrowania oraz nadawania statusu uchodźcy. Postanowienia memorandum wyraźnie wskazują, że Liban nie uznaje się za kraj, w którym można uzyskać status uchodźcy, a ponadto użyty w memorandum terminu „uchodźca” oznacza „osobę starającą się o nadanie statusu uchodźcy w innym kraju niż Liban”. Pomimo zawarcia memorandum, władze Libanu odmawiały respektowania decyzji UNHCR-u w przedmiocie nadania statusu uchodźcy, deportując niekiedy uchodźców lub osoby starające się o uzyskanie owego statusu wedle własnego uznania. Co więcej, jego postanowienia nie przewidywały możliwości przyznawania statusu uchodźcy Syryjczykom, bowiem akt ten powstał w szczególnych okolicznościach, jakie stworzyła II wojna w Zatoce Perskiej i dotyczył nadawania statusu uchodźcy Irakijczykom. Oprócz ustawy z roku 1962³⁰, regulującej kwestie wjazdu oraz pobytu obcokrajowców

²⁷ I.M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton 1990, s. 184–185.

²⁸ <https://www.reuters.com/article/us-lebanon-germany-merkel/germanys-merkel-syria-must-be-more-secure-before-refugees-return-idUSKBN1JI1QE>, 24.06.2018.

²⁹ UNHCR Global Appeal 2010–11, <http://www.unhcr.org/4b05121f9.pdf>, 24.06.2018.

³⁰ ORDER No. 319 REGULATING THE STATUS OF FOREIGN NATIONALS IN LEBANON, LAW REGULATING THE ENTRY OF FOREIGN NATIONALS INTO, THEIR RESIDENCE

w Libanie, w systemie prawnym tego państwa nie odnajdziemy kompleksowego unormowania dotyczącego przyznawania statusu uchodźcy. Uciekający ze swojego kraju Syryjczycy, którzy trafili do Libanu, są określani przez libańskie agendy rządowe mianem wysiedleńców (*displaced persons*).

Obowiązujące od stycznia 2015 roku zasady, będące implementacją przyjętej w październiku 2014 roku „Policy on Syrian Displacement”, dotyczące przepisów wjazdowych obowiązujących Syryjczyków oraz przepisów znajdujących zastosowanie do sytuacji Syryjczyków przebywających na terytorium Libanu, są przejawem polityki zniechęcania ich do poszukiwania schronienia w Libanie. Zgodnie z owymi zasadami możliwość wjazdu do Libanu mają tylko ci Syryjczycy, którzy identyfikują się ważnym dokumentem tożsamości oraz są w stanie udowodnić, że ich pobyt w kraju cedrów motywowany jest jedną z przesłanek pogrupowanych w 7 kategorii. Wśród nich znajdują się m.in. turystyka, tranzyt, edukacja, wysiedlenie, spotkanie w ambasadzie itd. Spełnienie którejkolwiek z powyższych przesłanek umożliwia otrzymanie wizy na pobyt od 24 godzin do 30 dni, przy czym w niektórych sytuacjach okres ten może zostać dodatkowo przedłużony. Syryjczycy legalnie przebywający na terytorium Libanu do 2015 roku, do tychczas zobowiązani do odnawiania pozwolenia na pobyt poprzez wniesienie rocznej opłaty w wysokości 200 USD, w obecnym stanie prawnym mają obowiązek odnawiania pozwolenia na pobyt co 6 miesięcy, przy jednoczesnym utrzymaniu opłaty w tej samej co poprzednio wysokości³¹. Dodatkowo aplikanci podzieleni są na dwie osobne kategorie: osoby zarejestrowane przez UNHCR oraz osoby niezarejestrowane. W zależności od tego, do której kategorii dana osoba została przyporządkowana, musi ona dostarczyć odpowiedni zestaw dokumentów, których uzyskanie jest związane dodatkowymi wydatkami np. opłatą notarialną. Brak możliwości pokrycia kosztów związanych z odnowieniem pozwolenia na pobyt może się wiązać z wymogiem złożenia notarialnego przyrzeczenia dotyczącego niepodejmowania pracy na terytorium Libanu (wymóg dla osób zarejestrowanych przez UNHCR).

W jaki sposób można scharakteryzować tego typu politykę? Wydaje się, że najadekwatniejszego opisu dostarcza nam koncepcja Iris M. Young wyróżniająca 5 postaci opresji³², a w szczególności, istotną w kontekście powyższego wywodu, marginalizację. Istotą tej postaci opresji jest wykluczenie danej grupy z możliwości udziału w różnych formach życia zbiorowego, włączając w to tragiczne w skutkach odma- wianie dostępu do wielu segmentów rynku pracy. Syryjczycy, a wraz z nimi także palestyńscy uchodźcy z Syrii (których status kształtuje się nieco odmiennie), tworzą zmarginalizowaną, pozapolityczną wspólnotę, której wielkość w stosunku do ogółu obywateli, jest dość znacząca.

W tym miejscu warto wspomnieć o ograniczeniach, jakie nakłada opisywanie libańskiej rzeczywistości przez pryzmat konfesyjnego systemu sprawowania władzy, bowiem wedle tego rodzaju podejścia te dwie, stosunkowo liczne społeczności, należałoby

IN AND THEIR DEPARTURE FROM LEBANON, <http://www.refworld.org/pdfid/4c3c630f2.pdf>, 24.06.2018.

³¹ M. Janmyr, *The Legal Status of Syrian Refugees in Lebanon*, Beirut 2016, s. 13–15.

³² I.M. Young, *op.cit.*, s. 61.

umieścić poza nawiasem rozważań z uwagi na to, że nie mieszczą się one, w ograniczonym tylko do kwestii wspólnoty politycznej, polu badawczym. Zdecydowałem się zdystansować od tego dość typowego oglądu uwzględniając również te grupy, które ów system wyklucza z polityki.

Podsumowując tę część rozważań wypada stwierdzić, iż wielokulturowość w Libanie nie jest świadomie realizowanym projektem politycznym – jest raczej rzeczywistością pierwotną w stosunku do proponowanych rozwiązań politycznych. Uwarunkowania libańskiej sceny politycznej, w szczególności fakt znacznego rozdrobnienia ugrupowań parlamentarnych oraz konieczność tworzenia wielowyznaniowych koalicji, wymuszają akceptację dla różnorodności religijnej, będącej zresztą od samego początku istnienia tego państwa w centrum zainteresowania samych Libańczyków. Wyznaniowa wielokulturowość, w przeciwieństwie do wieloetniczności, związanej choćby z obecnością Syryjczyków, jest różnorodnością, chciałoby się rzec, „mainstremową”, bowiem doświadcza jej niemal każdy Libańczyk, a w szczególności ten, który jest aktywnym uczestnikiem libańskiej wspólnoty politycznej. Z różnych przyczyn nie możemy tego typu polityki akceptacji oczekiwać wobec grup kulturowych, które zostały zmarginalizowane z uwagi na znajdowanie się poza „mainstremową”, libańską różnorodnością wyznaniową. Działania wspierające wykluczone z libańskiego życia społecznego grupy kulturowe realizują agencje ONZ, instytucje międzynarodowe oraz zagraniczne, jak i krajowe organizacje pozarządowe, jednak działania pomocowe realizowane przez wskazane instytucje spotykają się z bardzo różnymi, często skrajnymi, reakcjami samych Libańczyków³³.

4. Rozumienie III – Wielokulturowość jako ideologia

W ostatniej części rozważań dotyczących wielokulturowości w Libanie podejmę próbę zbadania, czy założenia funkcjonujących w tym państwie ideologii korespondują z założeniami stanowiącymi fundament multikulturalizmu. Słownikowa definicja pojęcia „ideologia” podaje, iż jest to: „system poglądów, idei, pojęć charakteryzujący jakąś grupę ludzi lub kierunek polityczny, ekonomiczny, społeczny, religijny itp.” Moje pole badawcze ograniczę do przepisów konstytucji z 1926 roku oraz dekretu regulującego, na podstawie zawartego w konstytucji przepisu odsyłającego, kwestie obywatelstwa, z treści których postaram się wyinterpretować podstawowe założenia ideologii państwowej. Następnie przejdę do analizy programów trzech wybranych partii politycznych, posiadających znaczną reprezentację parlamentarną, tj. Wolnego Ruchu Patriotycznego, Postępowej Partii Socjalistycznej oraz politycznego skrzydła szyickiego Hezbollahu.

Zawarty w preambule zestaw założeń ideologicznych otwiera podkreślenie arabskiej tożsamości Libanu oraz deklaracja przywiązania do zasad demokracji parlamentarnej, wyrażonych w typowym dla niej katalogu praw i wolności jednostki, a także w ideałach równości, sprawiedliwości społecznej oraz poszanowania własności prywatnej. Dalsze

³³ <https://www.reuters.com/article/us-lebanon-syria-refugees-unhcr/lebanon-foreign-minister-says-will-take-measures-against-un-refugee-agency-idUSKCN1J32R8>, 24.06.2018.

sformułowania rozpoznają suwerena władzy państwowej we wspólnocie narodowej oraz stwierdzają, iż w interesie całego narodu leży zniesienie systemu konfesyjnego, które powinno nastąpić w sposób zaplanowany i stopniowy.

Dzięki delegacji, zawartej w art. 6 Konstytucji, uwaga czytelnika libańskiej konstytucji zostaje skierowana na przepisy zawarte w Dekrecie nr 15 wydanym dnia 19 stycznia 1925 roku³⁴ przez Wysokiego Komisarza Republiki Francuskiej. Akt ten dotyczy nabywania oraz utraty obywatelstwa, kwestii szczególnie istotnej z uwagi na możliwość korzystania z pełni praw. Przyjęta przez Libańczyków konstrukcja obywatelstwa wydaje się swoistym miernikiem ich otwartości na proces rozszerzania tworzonej przez nich wspólnoty politycznej.

Jeden z elementów owej konstrukcji zasadza się na sposobie przekazywania obywatelstwa, w zgodzie z zasadą *ius sanguinis*, ale przy dodatkowym założeniu, że ojcem dziecka jest obywatel Libanu. Trudno znaleźć uzasadnienie dla tego typu regulacji, choć wnioskując po efektach jakie wywołuje, można domniemywać, iż ma ona za zadanie ograniczać rozrost libańskiej wspólnoty politycznej. Tak skonstruowaną instytucję obywatelstwa należy scharakteryzować jako sprzeczną z zasadą równości obywateli wobec prawa, wyrażoną w art. 7 konstytucji. Odmowa przyznania kobietom prawa do przekazywania obywatelstwa nadaje libańskiej ideologii państwowej silnie patriarchalny rys³⁵.

Libańską scenę polityczną cechuje wysoki stopień rozdrobnienia. Kluczowy podział, mający *stricte* polityczny charakter, związany jest z wydarzeniami tzw. Cedrowej Rewolucji z 2005 roku, kiedy to po zabójstwie premiera Rafika Haririego, o dokonanie którego zostały oskarżone władze Syrii³⁶, doszło do masowych protestów skierowanych przeciwko obecności wojsk tego kraju na terytorium Libanu. W ramach owych protestów wytworzyły się dwa wielowyznaniowe, rywalizujące ze sobą bloki: prosyryjska Koalicja 8 marca oraz wspierający masowe protesty, Sojusz 14 marca. W ramach owych bloków funkcjonuje szereg, bardzo często znacząco odmiennych od siebie ideologicznie, ugrupowań. Można zatem stwierdzić, że Koalicja 8 marca oraz Sojusz 14 marca są w dużej mierze ugrupowaniami prezentującymi dwie różne narracje na temat libańskiej historii najnowszej czy też formułującymi odmienne propozycje porządkowania zbiorowej pamięci historycznej, a nie jednolitymi politycznie i ideowo formacjami.

Wolny Ruch Patriotyczny jest partią założoną w 2005 roku przez gen. Michaela Aouna, obecnego prezydenta Libanu. Choć partia oficjalnie deklaruje się jako świecka, jest w istocie formacją zdominowaną przez maronitów, których reprezentuje

³⁴ Decree No15 on Lebanese Nationality 19 January 1925, <http://www.refworld.org/docid/44a24c6c4.html>, 10.02.2018.

³⁵ Po ostatniej, dość naglej, decyzji prezydenta Michela Aouna o nadaniu obywatelstwa kilkuset obcokrajowcom, kwestia ta ponownie zyskała na aktualności. Arabnews, <http://www.arabnews.com/node/1316076>, 24.06.2018.

³⁶ M. Brylew, *Liban Religia-Wojna-Polityka*, Toruń 2016, s. 128.

24 parlamentarzystów. Oficjalna Karta Wolnego Ruchu Patriotycznego³⁷ wyraża wolę przeprowadzenia szeregu reform, którym przyświecają ideały typowe dla demokracji liberalnej (ideał równości, sprawiedliwości, praw i wolności obywatelskich), a także postulat państwa świeckiego, w narodowo-konserwatywnej wersji. Ten ostatni aspekt znajduje swój wyraz przede wszystkim w podkreślaniu szczególnego statusu rodziny i narodu. Dodatkowym elementem formacji ideologicznej Ruchu jest odwoływanie się do idei sprawiedliwości społecznej oraz eliminacji różnic w statusie kobiet i mężczyzn, zakotwiczonej w prawie oraz dyskryminacyjnych praktykach społecznych.

Postępowej Partii Socjalistycznej, której od dziesięcioleci przewodzi druzyjska rodzina Dżunbulat, przyświecają nieco odmienne ideały. Jej założyciel, Kamal Dżunbulat, uhonorowany w 1971 roku Leninowską Nagrodą Pokoju, zaczerpnął inspirację z programów politycznych krajów należących do istniejącego wówczas bloku krajów socjalistycznych³⁸. Połączył on realia libańskiego systemu konfesyjnego z postulatami rygorystycznie rozumianej laicyzacji państwa oraz z zaczerpniętą od egipskich naserystów³⁹ ideą panarabskiej wspólnoty ponadnarodowej. Kamal Dżunbulat był gorącym orędownikiem sprawy palestyńskiej, którą konsekwentnie propagował tak w czasach pokoju, jak i w czasie libańskiej wojny domowej, w trakcie której został zamordowany. Po śmierci lidera druzów w marcu 1977 roku jego miejsce zajął Walid Dżunbulat, który od samego początku sprawowania władzy w partii nie tylko stara się uchronić socjalistyczną ojcowiznę przed intelektualną erozją, lecz także prowadzić ją w kierunku współcześnie postępowych idei jak np. liberalizacji prawa dotyczącego posiadania marihuany.

Ostatnią wspomnianą wcześniej formację ideologiczną tworzy parlamentarne skrzydło Hezbollahu. Organizacja ta, pozostająca pod silnymi wpływami Iranu oraz ideałów islamskiej rewolucji z 1979 roku, zaprezentowała swój oficjalny program polityczny w opublikowanym w 1985 roku liście otwartym. Złożyły się nań przede wszystkim hasła dekolonizacji Libanu i uwolnienia go od wpływów państw zachodnich, w szczególności USA oraz Francji, zniszczenie państwa Izrael oraz dążenie do stworzenia wspólnoty muzułmańskiej, tzw. ummy⁴⁰. Jednocześnie Partia Boga dała wyraz swojemu przekonaniu, iż tylko działalność islamskiego rządu jest prawdziwym gwarantem sprawiedliwości i wolności wszystkich mieszkańców Libanu oraz wyraziła deklarację: „lojalności i podporządkowania się jedynej władzy Ruhollaha Musawi Chomeiniego”⁴¹. Od samego

³⁷ The Charter of the Free Patriotic Movement Party, <http://www.voltairenet.org/article163915.html>, 10.02.2018.

³⁸ D. Madeyska, *op.cit.*, s. 79.

³⁹ Cofając się do momentu wybuchu kryzysu sueskiego z 1956 roku można stwierdzić, że sam Gamal Naser był w Libanie politykiem popularnym. Jak podaje Jerzy Zdanowski: „Naser został bohaterem libańskich ulic”. J. Zdanowski, *Stosunki międzynarodowe na Bliskim Wschodzie w XX wieku*, Kraków 2012, s. 291.

⁴⁰ M. Pękala, *op.cit.*, s. 184.

⁴¹ Jak twierdzi M. Brylew, *op.cit.*, s. 55.

początku działalności Hezbollah łączył swoje postulaty z prowadzoną intensywnie pracą społeczną (polegającą na wspieraniu ofiar konfliktów wojennych, dostarczaniu podstawowych produktów żywnościowych, zaopatrzeniu w wodę i energię, świadczeniu usług medycznych) oraz działaniami edukacyjnymi, których beneficjentem była szyicka wspólnota religijna. Na przestrzeni lat zmieniały się polityczne oraz militarne formy działania Partii Boga, jednak jej główne postulaty pozostają w dużej mierze aktualne do czasów nam współczesnych⁴².

Rozważania dotyczące trzeciego spośród wyodrębnionych wcześniej rozumień pojęcia wielokulturowości prowadzą do konkluzji, że zawarta w libańskiej ideologii państwowej, patriarchalna i elitarystyczna koncepcja obywatelstwa jest nie do pogodzenia z wymogami stawianymi przez zawierającą w sobie postawę otwartości na inne kultury, a jednocześnie wyrażającą zainteresowanie odmiennością, ideologią wielokulturowości. Trudno jest bowiem budować inkluzywne, wielokulturowe społeczeństwo, opierając je na instytucji obywatelstwa, która w znacznym stopniu ogranicza jej potencjalnym członkom możliwość nabywania pełni praw politycznych, przynależnych, co do zasady, tylko obywatelom. Wszystko wskazuje na to, że ideologia wielokulturowości w swojej klasycznie ujmowanej formule nie posiada na scenie politycznej Libanu instytucjonalnego partnera, który przyjmowałby założenia ideologiczne ściśle korespondujące z proponowaną przez nią wizją. Zaprezentowane powyżej programy głównych partii Libanu także nie korespondują z oglądem, leżącym u podłoża ideologii wielokulturowości.

5. Wnioski

Przepełniona antagonizmami sytuacja społeczna i polityczna Libanu nie stwarza korzystnych warunków do budowania wielokulturowego modelu społeczeństwa. Sprzyja ona raczej budowaniu systemu „hamulców” prawnych, używanych w celu zablokowania realizacji koncepcji politycznych sytuujących się poza mainstreamem poglądów, niż projektowania przyszłościowych rozwiązań mających znamiona prawdziwej reformy systemu. Klanowość libańskiej polityki, powszechność nadużyć korupcyjnych oraz realizacja projektów politycznych szkodliwych dla Libanu, a będących efektem powiązań, wykraczających daleko poza granice tego kraju⁴³, czynią z polityki libańskiej klasyczną grę interesów, w której mało jest miejsca na wartości, a w szczególności te promowane przez wielokulturową koncepcję społeczeństwa. W polityce tej prawo jest instrumentem realizowania partykularnych interesów grupowych, a mniejszości zamiast otwartości, akceptacji czy uznania, mogą raczej oczekiwać wyzysku i marginalizacji. W kontekście rozważań zawartych w części 5 wypada jedynie powtórzyć, iż w Libanie nie sposób doszukać się ideologii o znamionach typowych dla tak

⁴² W wyniku wyborów parlamentarnych z 6 maja, Hezbollah wraz ze swoimi politycznymi sojusznikami zdobył 70 ze 128 miejsc w libańskim Zgromadzeniu Narodowym, <https://uk.reuters.com/article/uk-lebanon-election-parliament-factbox/factbox-hezbollah-and-allies-gain-sway-in-lebanon-parliament-idUKKCN1IN1O0>, 24.06.2018.

⁴³ M. Pękala, *op.cit.*, s. 213.

ujmowanej wielokulturowości. Liban jest krajem wielokulturowym tylko w pierwszym rozumieniu tego pojęcia, bowiem jego wielokulturowe społeczeństwo funkcjonuje w oderwaniu od samej koncepcji multikulturalizmu.

* * *

Multiculturalism in the Lebanese Legal System – Case Study

The article presents a number of observations and conclusions on the Lebanese political and social reality. It contains short analysis of the process of gaining the independence by the Lebanese people and the formation of its society. At the same time it aims to examine the concept of multicultural politics and ideology in a different from the typical, the Middle Eastern country's context. It takes into consideration three main understandings of the term 'multiculturalism' in accordance with the findings of its most important theoreticians. The article seeks to respond on the question, which of those significations could be associated with Lebanese society and state.

Key words: Lebanon, multiculturalism, Lebanese legal system, politics, society

Maciej Hadel¹

Fragmentaryzacja prawa administracyjnego w wyniku obowiązywania „specustaw”

Streszczenie:

Kwestia tzw. specustaw i ich znaczenia jest jednym z najbardziej wiodących problemów współczesnego prawa administracyjnego. Niektórzy autorzy, krytykując tego typu regulacje wskazują, iż ich wzrost znaczenia stanowi jeden z przejawów kryzysu tej gałęzi prawa. Specustawy z założenia mają być remedium na problemy infrastrukturalne państwa, jednakże stanowią one znaczące odstępstwo od ogólnych zasad prawa i postępowania administracyjnego. Modyfikacji podlegają w szczególności trzy obszary: dopuszczenie wydawania decyzji rozstrzygających różne sprawy administracyjne w ramach jednej decyzji, zmiana kodeksowych postanowień w zakresie zawiadomień i doręczeń, modyfikacja standardów kontroli decyzji wydanych w oparciu o specustawy. Wątpliwa jest również deklarowana epizodyczność niektórych regulacji. Wszystko to prowadzi do negatywnego zjawiska, określonego w tekście „fragmentaryzacją prawa administracyjnego”.

Słowa kluczowe: specustawa, prawo administracyjne, kryzys, fragmentaryzacja, dekodifikacja

¹ Magister prawa, doktorant w Katedrze Prawa Administracyjnego WPiA UJ. W trakcie studiów Przewodniczący Koła Naukowego Publicznego Prawa Gospodarczego TBSP UJ, a także członek Sekcji Prawa Cywilnego Studenckiej Poradni Prawnej Uniwersytetu Jagiellońskiego. Autor publikacji z zakresu prawa i postępowania administracyjnego, publicznego prawa gospodarczego, prawa samorządu terytorialnego. W latach 2016–2017 Redaktor Naczelny Internetowego Przeglądu Prawniczego TBSP UJ. Asystent sędziego w Sądzie Rejonowym dla Krakowa – Podgórze w Krakowie oraz aplikant radcowski.

Wprowadzenie

Prawo administracyjne na tle pozostałych gałęzi prawa (zestawiając je przede wszystkim z prawem cywilnym i karnym) wyróżnia się brakiem kodyfikacji prawa materialnego; nie istnieje również część ogólna prawa administracyjnego, mimo pojawiających się postulatów doktryny w tym zakresie i podejmowanych prób². Jednocześnie rola prawa procesowego, skodyfikowanego w ustawie z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (dalej jako: k.p.a.)³, a szczególnie zawartych w niej zasad, charakteryzuje się znaczną siłą oddziaływania na całe prawo administracyjne. Z tego powodu należy wyjść z założenia, iż obchodzenie zasad unormowanych w k.p.a. w istocie prowadzi do swoistej dekodyfikacji⁴ całości prawa administracyjnego poprzez nadmierne rozczłonkowanie i pozbawienie spójności tej gałęzi prawa.

Należy się zastanowić, jak na powyższą kwestię, tj. spójność prawa administracyjnego, wpływa obowiązywanie tzw. „specustaw” oraz jaka jest ich korelacja z problematyką ochrony sytuacji prawnej jednostki. Zagadnienia te w oczywisty sposób korespondują z tezą o kryzysie prawa administracyjnego⁵. Wskazuje się trzy wymiary tego kryzysu. Mianowicie kryzys stanowienia prawa administracyjnego, stosowania prawa administracyjnego oraz badania prawa administracyjnego⁶. Stanowienie prawa administracyjnego przesiąknięte jest swoistą instrumentalizacją tego prawa; podejście do prawa administracyjnego ulega ostatnio znamiennej odwróceniu. Prawo administracyjne przestaje być bazą dla administrowania, staje się zaś instrumentem działania w sferze administracji publicznej. Pojawiła się praktyka stanowienia prawa na potrzeby chwili; zaczęto je traktować jako formę przekazywania decyzji, a nie jako podstawę wszelkich działań. Prawo administracyjne zaczyna określać pewne doraźne potrzeby, a rzadziej to, jakie cele ogólne uważa się za niezbędne do zrealizowania. Prawo administracyjne przestaje być podstawą działania administracji, staje się sposobem jej działania. Z pewnością jest to odwróceniem pojęć i zasad i samego sposobu myślenia o prawie. Prawo jest stanowione pod wpływem doraźnych wydarzeń i dla osiągnięcia spektakularnych efektów⁷.

² Tekst i uzasadnienie do projektu ustawy Przepisy ogólne prawa administracyjnego, Sejm VI kadencji, Druk Sejmowy nr 3942, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/8F21C6C714261B99C1257849003B79D6/\\$file/3942.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/8F21C6C714261B99C1257849003B79D6/$file/3942.pdf), 11.05.2016; J. Zimmermann, *Opinia prawna na temat projektu ustawy – Przepisy ogólne prawa administracyjnego*, Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych 2010, nr 2 (26), s. 21–50.

³ T.j. Dz.U. z 2016, poz. 23.

⁴ Szerzej na temat samego pojęcia dekodyfikacji: J. Zimmermann, *Aksjomaty prawa administracyjnego*, Warszawa 2013, s. 188; Z. Kmiecik, *Zarys teorii postępowania administracyjnego*, Warszawa 2014, s. 68 i nast.

⁵ Zob. J. Zimmermann, *O kryzysie prawa administracyjnego*, Casus 67/2013, s. 6–11.

⁶ *Ibidem*, s. 6.

⁷ Zob. też M. Hadel, *Prawo administracyjne jako nauka o sterowaniu w świetle kryzysu prawa administracyjnego i dylematów badawczych – aktualne tendencje w metodologii badań nad prawem administracyjnym*, Przegląd Prawa Publicznego 6/2017, s. 65–72.

1. Specustawy jako remedium na problemy infrastrukturalne państwa

Stosowanie specustaw, które wedle początkowych założeń miały mieć charakter epizodyczny⁸, stało się w istocie regularną praktyką wykorzystywaną przy realizacji dużych, infrastrukturalnych zamierzeń inwestycyjnych, bądź też (o czym świadczą relatywnie niedawne wydarzenia) przy organizacji imprez masowych, która to praktyka – mimo dość powszechnej negatywnej oceny – wpisała się już jednak na stałe w krajobraz polskiego prawa administracyjnego i jest jednym z wyżej wymienionych przejawów wskazanego kryzysu tej gałęzi prawa. Głównym argumentem podnoszonym w uzasadnieniach dla kolejnych projektów specustaw jest kwestia zapewnienia szybkości postępowania administracyjnego poprzez uproszczenie procedur związanych z realizacją inwestycji⁹. Należy więc postawić sobie pytanie – dlaczego, mimo postulatu szybkości postępowania, ustawodawca nie decyduje się na modyfikację ogólnych norm postępowania administracyjnego w takim kierunku, aby osiągnąć pożądaną przez siebie efekt. Zamiast tego decyduje się na wprowadzanie szczegółowych, odmiennych, a także w wielu miejscach kompleksowych rozwiązań proceduralnych. Procedura administracyjna, uregulowana w ustawie wiodącej, kodeksowej, zostaje więc rozbita na mniejsze, niezależne od siebie fragmenty – proces ten można nazwać za M. Jaśkowską „atomizacją postępowania administracyjnego”¹⁰ lub też jego fragmentaryzacją.

Z jednej strony wprowadzanie w przepisach prawa administracyjnego materialnego szczególnych rozwiązań proceduralnych prowadzi do uelastycznienia postępowania administracyjnego poprzez dostosowanie tych rozwiązań do specyficznego zakresu spraw, jakie są regulowane przy użyciu specustaw. Z drugiej strony jednak – istnienie rozwiązań procesowych daleko odbiegających od wzorców kodeksowych, miejscami wręcz sprzecznych z postanowieniami ustawy wiodącej, musi budzić zaniepokojenie, zważywszy na konieczność zapewnienia ochrony praw jednostki, a także z perspektywy spójności systemu prawa administracyjnego, zwłaszcza mając na względzie powszechny charakter tego zjawiska¹¹.

Ze względu na ograniczone ramy niniejszego opracowania, przedstawione zostaną specustawy związane z procesem inwestycyjno-budowlanym, dotyczące przedsięwzięć

⁸ Zob. uzasadnienie do projektu ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg krajowych, Sejm IV kadencji, Druk Sejmowy nr 858, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/Wgdruk/858/\\$file/858.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/Wgdruk/858/$file/858.pdf), 11.05.2016.

⁹ Tak w uzasadnieniu dla specustawy drogowej.

¹⁰ M. Jaśkowska, *Atomizacja procedury administracyjnej a tworzenie specustaw inwestycyjnych* [w:] *Źródła prawa administracyjnego a ochrona wolności i praw obywateli*, red. M. Błachucki, T. Górzyńska, Warszawa 2014, s. 70–96.

¹¹ M. Kamiński, *Postępowania administracyjne szczególne (odrębne) w sprawach z zakresu przygotowania i realizacji inwestycji infrastrukturalnych* [w:] *Przestrzeń i nieruchomości jako przedmiot prawa administracyjnego. Publiczne prawo rzeczowe*, red. I. Niżnik-Dobosz, Warszawa 2012, s. 277–312. Podobne stanowisko zajmują T. Bąkowski, K. Kaszubowski, *Regulacje tak zwanych specustaw inwestycyjnych wobec samodzielności i władztwa planistycznego gminy* [w:] *Przestrzeń i nieruchomości jako przedmiot prawa administracyjnego. Publiczne prawo rzeczowe*, red. I. Niżnik-Dobosz, Warszawa 2012, s. 263–276.

o charakterze infrastrukturalnym, a także najnowsze regulacje „specustawowe”, w związku z czym pominięta zostanie m.in. specustawa stoczniowa, która w istocie reguluje kwestie cywilnoprawne¹².

Pierwszą ze specustaw, która pojawiła się w systemie źródeł polskiego prawa administracyjnego, była ustawa z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych¹³. Ustawa ta stanowi pewien szablon, jest wzorcem dla pozostałych specustaw infrastrukturalnych – uregulowania przyjęte w niej powielane są, z pewnymi odrębnościami, w kolejnych specustawach, które stanowią: ustawa z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym¹⁴, ustawa z dnia 7 września 2007 r. o przygotowaniu finałowego turnieju Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA EURO 2012¹⁵, ustawa z dnia 12 lutego 2009 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie lotnisk użytku publicznego¹⁶, ustawa z dnia 24 kwietnia 2009 r. o inwestycjach w zakresie terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu¹⁷, ustawa z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych¹⁸, ustawa z dnia 8 lipca 2010 r. o szczególnych zasadach przygotowania do realizacji inwestycji w zakresie budowli przeciwpowodziowych¹⁹, ustawa z dnia 29 czerwca 2011 r. o przygotowaniu i realizacji inwestycji w zakresie obiektów energetyki jądrowej oraz inwestycji towarzyszących²⁰ oraz ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o przygotowaniu i realizacji strategicznych inwestycji w zakresie sieci przesyłowych²¹. Wskazane specustawy są zwykle ustawami epizodycznymi²², co wynika z ustawy²³, bądź charakteru przedmiotu regulacji, jakim jest zrealizowanie konkretnej inwestycji²⁴. Zdarzają się już jednak specustawy, w których ustawodawca odchodzi od czasowego ich charakteru – jak w specustawie telekomunikacyjnej i przeciwpowodziowej. Czasowy charakter specustaw, a także odchodzenie od tej czasowości

¹² Zob. art. 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o postępowaniu kompensacyjnym w podmiotach o szczególnym znaczeniu dla polskiego przemysłu stoczniowego (t. j. Dz.U. z 2016, poz. 592 ze zm.).

¹³ T.j. Dz.U. z 2015, poz. 2031; dalej jako: specustawa drogowa.

¹⁴ T.j. Dz.U. z 2015, poz. 1297; dalej jako: specustawa kolejowa. Ustawa kompleksowo reguluje zagadnienia związane z transportem kolejowym, dla moich rozważań najistotniejszy jest rozdział 2b – *Szczególne zasady i warunki przygotowania inwestycji dotyczących linii kolejowych*.

¹⁵ Dz.U. z 2010, Nr 26, poz. 133 ze zm.; dalej jako: specustawa o Euro 2012.

¹⁶ T.j. Dz.U. z 2015, poz. 2143 ze zm.; dalej jako: specustawa lotniskowa.

¹⁷ T.j. Dz.U. z 2014, poz. 1501 ze zm.; dalej jako: specustawa o gazoporcie.

¹⁸ T.j. Dz.U. z 2015, poz. 880 ze zm.; dalej jako: specustawa telekomunikacyjna.

¹⁹ T.j. Dz.U. z 2015, poz. 966 ze zm.; dalej jako: specustawa przeciwpowodziowa.

²⁰ Dz.U. z 2011, Nr 135, poz. 789 ze zm.; dalej jako: specustawa jądrowa.

²¹ Dz.U. z 2015, poz. 1265 ze zm.; dalej jako: specustawa przesyłowa.

²² Odnośnie do samej definicji przepisów epizodycznych zob. art. 29a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. z 2002, Nr 100, poz. 908 ze zm.), zgodnie z którym przez przepisy epizodyczne należy rozumieć „regulacje, które wprowadzają odstępstwa od określonych przepisów, a których okres obowiązywania jest wyraźnie określony”.

²³ Art. 45 ust. 2 specustawy drogowej (zakres czasowy obowiązywania tej ustawy wielokrotnie przedłużano), art. 77a specustawy kolejowej, art. 4 specustawy lotniskowej, art. 35 ust. 2 przesyłowej.

²⁴ Chodzi o specustawę jądrową, specustawę o Euro 2012, specustawę o gazoporcie.

na rzecz trwałego wprowadzania szczególnych postępowań dla realizacji inwestycji infrastrukturalnych, prowadzi do rozbicia systemu prawa administracyjnego i równocześnie sprzyja podejmowaniu przez ustawodawcę decyzji o wprowadzaniu kolejnych specjalnych trybów postępowania w przyszłości. Wszystkie te ustawy wprowadzane są dla realizacji celu publicznego, jakim jest na przykład przyspieszenie rozwoju sieci dróg krajowych²⁵.

Odnosząc się do epizodycznego charakteru specustaw należy w tym miejscu wspomnieć o kontrowersji związanej z próbami przedłużenia temporalnego zakresu obowiązywania specustawy o Euro 2012²⁶. Otóż Prezydent RP zwrócił się do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności art. 1 pkt 1 w związku z art. 2 ustawy z dnia 31 sierpnia 2012 r. o zmianie ustawy o przygotowaniu finałowego turnieju Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA EURO 2012 z art. 2 i art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, jak również art. 2 ww. ustawy z art. 2 Konstytucji RP²⁷. Ustawa o zmianie specustawy o Euro 2012 przewidywała, że przepisy specustawy o Euro 2012 będą się stosować także do przedsięwzięć Euro 2012 określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 4 ust. 1 tej ustawy i niezrealizowanych przed rozpoczęciem turnieju Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej Euro 2012. Zakwestionowana ustawa miała wejść w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia, z mocą od 8 czerwca 2012 r.

Prezydent RP jako wnioskodawca stwierdził, iż zmieniająca ustawa przedłuża, a w pewnym zakresie reaktywuje, obowiązywanie specustawy EURO 2012. Nowelizacja miałyby mieć charakter retroaktywny, bowiem wejdzie ona w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia, lecz z mocą od dnia 8 czerwca 2012 r. Zdaniem Prezydenta RP, poprzez wprowadzenie rozstrzygnięcia, które jest dla adresatów prawa zaskoczeniem, kwestionowana ustawa narusza zasadę zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa. Pewność prawa powinna być rozumiana jako pewność tego, iż w oparciu o obowiązujące prawo adresaci norm prawnych mogą kształtować swoje stosunki życiowe. Jednostka ma prawo oczekiwać, że regulacja prawna nie zostanie zmieniona na jej niekorzyść w sposób arbitralny, a ustawodawca nie może w sposób dowolny kształtować treści obowiązujących norm²⁸.

Trybunał w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 marca 2013 r.²⁹ przypomniał, że specustawa Euro 2012 pomyślana została jako ustawa specjalna w tym znaczeniu, że osadzona została w zdefiniowanym *ab initio* przez prawodawcę kontekście, w którym mają funkcjonować jej normy. Kontekst ten został wyznaczony przez odwołanie się

²⁵ Zob. uzasadnienie do projektu specustawy drogowej.

²⁶ Warto zastanowić się, czy ustawowe przedłużenie obowiązywania skutku prawnego przepisów epizodycznych nie kwestionuje funkcjonującego w nauce podziału na rzeczywiste i pozorne wsteczne działanie prawa. O dotychczasowej krytyce tego podziału zob. np. J. Schwarze, *European administrative law*, Luksemburg 1992, s. 1112.

²⁷ Dz.U. z 1997, Nr 78, poz. 483 ze zm.

²⁸ Za uzasadnieniem wniosku Prezydenta; treść wniosku jest dostępna na stronie <http://trybunal.gov.pl/s/kp-112/>, 04.08.2018.

²⁹ Kp 1/12, OTK Seria A 2013 nr 3, poz. 25.

do przyszłego zdarzenia, jakim był finałowy turniej Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA EURO 2012 (dalej: turniej). Specjalny charakter ustawy o przygotowaniu turnieju Euro 2012 wyraża się w tym, że celem ustawy było zrealizowanie określonego zadania – przygotowanie turnieju, a normy w niej wyrażone służyły realizacji tego zadania. Trybunał stwierdził, że art. 2 w związku z art. 1 pkt 1 ustawy kontrolowanej ma na celu, w sposób niezgodny z Konstytucją, zalegalizować nierozpoczęte przed 8 czerwca 2012 r. przedsięwzięcia wymienione w rozporządzeniu z 2009 r. Tym samym prawodawca naruszył w sposób kwalifikowany konstytucyjną zasadę *lex retro non agit*. Trybunał wskazał szereg argumentów przemawiających za takim a nie innym rozstrzygnięciem, m.in. wskazał, że retroaktywność regulacji, polegająca na legalizacji ustawą kontrolowaną określonych czynności z mocą wsteczną jest wysoce niekorzystna dla jednostek innych niż inwestorzy przedsięwzięć Euro 2012. Regulacje te naruszają konstytucyjne prawo własności. Kolejno – w okresie od dnia wejścia w życie specustawy Euro 2012 do dnia uchwalenia ustawy nowelizującej nie nastąpiły żadne istotne i nowe wydarzenia, które mogłyby uzasadniać przełamanie zakazu retroaktywności. Racjonalny prawodawca, świadom specjalnego charakteru ustawy o przygotowaniu turnieju Euro 2012 oraz konsekwencji działania ogólnych zasad prawa intertemporalnego, mógł przyjąć stosowną regulację bez konieczności uciekania się do naruszenia zakazu retroaktywności prawa, czego jednak nie zrobił. Retroaktywności nie uzasadniają również względy równowagi budżetowej; konstytucyjna wartość, jaką jest równowaga budżetowa, nie może służyć legitymizacji ograniczeń praw i wolności w sytuacji, w której zagrożenie dla równowagi budżetowej tkwi nie tyle w wykonywaniu tych praw i wolności przez jednostki, ile stanowi bezpośrednio następstwo – podejmowanych z naruszeniem tejże równowagi – działań prawodawczych. Trybunał konkludował, że ustawa nowelizująca nie służy realizacji przedsięwzięć infrastrukturalnych, które są potrzebne do przeprowadzenia turnieju Euro 2012. Turniej ten się bowiem rozpoczął i zakończył. W tym stanie rzeczy nie sposób przyjąć, że *ratio* ograniczeń przewidzianych w wyżej wymienionej specustawie jest tożsame z uzasadnieniem dalszego stosowania tych ograniczeń w zmienionym stanie faktycznym. Wprowadzając ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności prawodawca zobowiązany jest każdorazowo szczegółowo je uzasadnić. Niedopuszczalne jest automatyczne stosowanie ograniczającego konstytucyjne prawa reżimu specustawy, jeśli zadanie tej ustawy zostało zrealizowane. Przeciwnie stanowisko prowadziłoby do podważenia efektywności konstytucyjnej ochrony praw podmiotowych.

Powyższe uwagi należy rzecz jasna podzielić. Uwypuklić należy generalną refleksję sprowadzającą się do konstatacji, iż nie sposób w zgodzie z konstytucyjnymi normami, zwłaszcza zasadą demokratycznego państwa prawnego, rozciągnąć w czasie obowiązywanie ustawy epizodycznej poprzez regulacje o charakterze retroaktywnym. Cel ustawy, związany z realizacją zamierzeń inwestycyjnych przewidzianych na EURO 2012, przygotowaniem i samym przeprowadzeniem tego turnieju, został skonsumowany w momencie zakończenia wyżej wymienionego turnieju. Bardzo niepokojąca jest więc tendencja, zgodnie z którą budząca wątpliwości natury konstytucyjnej specustawa jest

nowelizowana w sposób już jawnie sprzeczny z podstawowymi zasadami Konstytucji. Pogłębia to jedynie patologię legislacyjną, związaną z funkcjonowaniem w systemie prawa tego typu ustaw szczególnych.

Tego rodzaju ingerencja ustawodawcy w zasady prawa administracyjnego powoduje również znaczące ograniczenia praw strony w postępowaniu administracyjnym, które należy zestawić z wynikającymi z Konstytucji RP i k.p.a. zasadami takimi jak na przykład: zasada udziału strony w postępowaniu, zasada prawdy obiektywnej, wyważenia interesu społecznego i obywatela, zasada dwuinstancyjności postępowania i prawa do sądu. Ponadto rosnąca ilość specustaw w systemie prawa prowadzi także do konfliktów realizacji różnych celów publicznych i ustawodawca powinien jakoś te powstające konflikty rozstrzygać, co czyni bardzo niekonsekwentnie. Jasne rozwiązanie przyjęto w art. 9 ust. 3 specustawy jądrowej, które stanowi, że z dniem, w którym decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji w zakresie budowy obiektu energetyki jądrowej staje się ostateczna, umarza się postępowania prowadzone na podstawie przepisów specustawy drogowej, lotniskowej, telekomunikacyjnej. Inne rozwiązanie zastosowano w specustawie o gazoporcie – w art. 8 ust. 2 pkt 2 określono relacje względem specustawy drogowej i lotniskowej (nieruchomość objęta wnioskiem o wydanie decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji w zakresie terminalu nie może być przedmiotem decyzji o pozwoleniu na realizację inwestycji drogowej lub decyzji w zakresie lotniska użytku publicznego, a toczące się już postępowania na podstawie wspomnianych ustaw ulegają zawieszeniu), natomiast art. 13 ust. 3 stanowi, że decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji w zakresie terminalu jest wiążąca dla właściwych organów w zakresie wydawania decyzji o warunkach zabudowy i decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego, lokalizacji linii kolejowej oraz decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej; podobne rozwiązanie przyjęto w specustawie telekomunikacyjnej (art. 59 ust. 3 pkt 4–8).

Cele publiczne, realizacji którym mają służyć specustawy, charakteryzują się swego rodzaju „wielowymiarowością”, więc nietrudno wyobrazić sobie sytuację, w której dane przedsięwzięcie może być realizowane na podstawie różnych specustaw – specustawa o Euro 2012 wyraźnie na to wskazuje w art. 1 ust. 4, dając możliwość realizacji inwestycji dotyczącej drogi publicznej lub lotniska użytku publicznego w oparciu o przepisy tej specustawy bądź odpowiednich dla tego typu inwestycji specustaw. Trudno nie zgodzić się z wnioskiem, że przyjęte rozwiązania wprowadzają chaos i potęgują atomizację postępowania administracyjnego³⁰. Tym bardziej można mieć takie wrażenie, że ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie kolejnych specustaw – ustawy z dnia 18 marca 2016 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z organizacją wizyty Jego Świątobliwości Papieża Franciszka w Rzeczypospolitej Polskiej oraz Światowych Dni Młodzieży – Kraków 2016³¹ oraz ustawy z dnia 16 marca 2016 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z organizacją Szczytu Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego w Rzeczypospolitej Polskiej w Warszawie

³⁰ M. Jaśkowska, *op.cit.*, s. 75.

³¹ Dz.U. z 2016, poz. 393.

w 2016 roku³². W szczególności druga z przytoczonych ustaw wprowadza rozmaite regulacje, budzące wątpliwości natury konstytucyjnej i co do zgodności z prawem europejskim, m.in. wyłączyła stosowanie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych³³, wprowadzała zakaz zgromadzeń spontanicznych, rozszerzała uprawnienia Biura Obsługi Rządu w zakresie prawa do rejestrowania przy użyciu środków technicznych, obrazu i dźwięku zdarzeń w miejscach wykonywania zadań przez Biuro.

2. Fragmentaryzacja i dekodifikacja prawa administracyjnego związana z problematyką specustaw

W tym momencie należy przejść do bardziej konkretnych przejawów fragmentaryzacji prawa administracyjnego i jego dekodifikacji, występujących w analizowanych specustawach. Na potrzeby niniejszego opracowania wyodrębnione zostaną trzy obszary, które zostaną poddane analizie (choć z pewnością kwestii związanych z tą problematyką można poruszyć znacznie więcej):

- dopuszczenie wydawania decyzji rozstrzygających różne sprawy administracyjne w ramach jednej decyzji,
- zmiana kodeksowych postanowień w zakresie zawiadomień i doręczeń,
- modyfikacja standardów kontroli decyzji wydanych w oparciu o specustawy.

Odnosnie do pierwszego z punktów – zgodnie z art. 104 k.p.a., załatwienie sprawy co do zasady następuje w drodze decyzji. Ustawodawca w przytoczonych specustawach za standardową wręcz praktykę uznał łączenie w ramach jednej decyzji różnych spraw administracyjnych, co w literaturze zwykło określać się mianem „decyzji kompleksowej”³⁴ – przykładowo decyzja o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej łączy decyzje:

- 1) o lokalizacji inwestycji,
- 2) o zatwierdzeniu podziału nieruchomości,
- 3) o zatwierdzeniu projektu budowlanego i o pozwoleniu na budowę,
- 4) o wywłaszczeniu prawa do nieruchomości objętych projektowaną inwestycją,
- 5) o ograniczeniu korzystania z nieruchomości sąsiednich w celu przebudowy infrastruktury technicznej i dróg innej kategorii.

Kompleksowość decyzji jest powielana w kolejnych specustawach, przy czym specustawa o gazoporcie (art. 10 ust. 1), lotniskowa (art. 8 ust. 1) i przesyłowa (art. 8 ust. 1) mają zamknięty katalog elementów tej decyzji jasno określając co ma być w niej zawarte – patrząc z perspektywy standardów ochrony jednostki jest to krok, który należy poczytać ustawodawcy pozytywnie, ponieważ uniemożliwia on dalsze rozszerzanie „kompleksowości” decyzji. Niemniej jednak, połączenie w ramach jednej decyzji rozstrzygnięcia o sprawach o tak różnym charakterze z pewnością

³² Dz.U. z 2016, poz. 379.

³³ Dz.U. z 2015, poz. 2164.

³⁴ B. Sagan, *Komentarz do art. 11(f) [w:] Ustawa o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych. Komentarz*, LEX 2013.

nie sprzyja realizacji kodeksowej zasady pogłębiania zaufania obywateli do organów władzy publicznej, jak również zasadzie informowania stron. Szczególnie kontrowersyjne wydaje się połączenie w ramach decyzji wydawanej na podstawie specustawy spraw dotyczących wyłączenia – wydaje się, że doniosłość ingerencji w prawa majątkowe jednostki, a także konieczność ostrożnego szafowania tą instytucją przez organy administracji publicznej, nakazywałaby raczej wydzielanie tego rozstrzygnięcia do osobnej decyzji administracyjnej.

Kolejnym aspektem fragmentaryzacji oraz dekodyfikacji prawa i postępowania administracyjnego w drodze specustaw jest modyfikacja sposobu i zakresu doręczeń. Samo doręczenie jest oczywiście czynnością techniczno-procesową, jednak przepisy o doręczeniach mają niebagatelne znaczenie dla sytuacji prawnej jednostki i ze względu na realizację funkcji gwarancyjnych prawa administracyjnego. Celem ich jest bowiem zapewnienie ochrony jednostce przed nadużyciami ze strony organów administracji publicznej poprzez umożliwienie zapoznania się przez stronę z treścią podejmowanych przez organ czynności urzędowych, jak i z czynnościami innych uczestników postępowania oraz umożliwienie udziału w tych czynnościach. Zatem przepisy o doręczeniach urzeczywistniają zasadę czynnego udziału strony w postępowaniu (art. 10 k.p.a.), a także gwarantują realizację zasady informowania stron (art. 9 k.p.a.)³⁵.

Z tej perspektywy można zaobserwować dużą kontrowersyjność uregulowań zawartych w specustawach w zakresie doręczeń. W analizowanych specustawach, co do zasady, pisma zawiadamiające o wszczęciu postępowania³⁶ w odpowiedniej dla danej specustawy sprawie, wysyłane są wnioskodawcy, właścicielom lub użytkownikom wieczystym nieruchomości objętych wnioskiem o wydanie tej decyzji na adres wskazany w ewidencji gruntów i budynków (katastrze nieruchomości), a pozostałe strony są informowane o wszczęciu postępowania w drodze obwieszczenia – oprócz odpowiednich urzędów, umieszczane jest ono na ich stronach, a także w prasie lokalnej³⁷ bądź w prasie o zasięgu ogólnopolskim. Wyjątek stanowi zawiadomienie o wszczęciu postępowania w sprawie wydania decyzji o pozwoleniu na budowę przedsięwzięcia Euro 2012 – tu ustawodawca wymaga jedynie obwieszczenia dokonywanego przez wojewodę w urzędach gmin i prasie lokalnej³⁸. Sytuacja ulega komplikacji, gdy chodzi o wszczęcie postępowania w sprawach dotyczących nieruchomości o nieuregulowanym stanie prawnym – na przykład, gdy dotychczasowy właściciel nie

³⁵ A. Gołęba, Art. 39 [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. H. Knysiak-Molczyk, LEX 2016.

³⁶ Przepisy te co do zasady są analogiczne – występują jedynie drobne różnice w postaci obowiązku publikacji obwieszczenia w prasie lokalnej albo ogólnopolskiej i w zakresie informowania organów prowadzących postępowania na podstawie przepisów prawa budowlanego; por. art. 11d ust. 5 specustawy drogowej, art. 9o ust. 6 specustawy kolejowej, art. 23 ust. 3 specustawy o Euro 2012, art. 7 ust. 1 specustawy o lotniskowej, art. 8 ust. 1 specustawy gazowej, art. 52 ust. 1 specustawy telekomunikacyjnej, art. 7 ust. 1 specustawy przeciwpowodziowej, art. 6 ust. 1 specustawy jądrowej, art. 7 ust. 1 specustawy przesyłowej.

³⁷ Pojęcie „prasy lokalnej” wymagało doprecyzowania w orzecznictwie; por. wyrok WSA w Warszawie z 16 listopada 2006 r., VII SA/Wa 1124/06.

³⁸ Art. 25 ust. 3 specustawy o Euro 2012.

żyje, a spadkobiercy nie wykazali prawa do spadku³⁹. W takich przypadkach widać po raz kolejny niekonsekwencję ustawodawcy – część specustaw przewiduje wówczas wysłanie zawiadomienia o wszczęciu postępowania jedynie wnioskodawcy⁴⁰ albo informację w drodze obwieszczenia⁴¹. Jeszcze inne rozwiązanie przyjęto w specustawie o gazoporcie – tutaj ustawodawca właściwie przemilczał tę kwestię, wskazując jedynie, że nieuregulowany stan prawny nie stanowi przeszkody do wszczęcia i prowadzenia postępowania o ustalenie lokalizacji inwestycji w zakresie terminalu⁴². Podobne milczenie występuje w specustawie przesyłowej⁴³. Przepisy o doręczeniu zawiadomień o wszczęciu postępowania stosuje się odpowiednio do innych wezwań, zawiadomień i pism, do których doręczenia organ jest zobowiązany w toku postępowania – niektóre specustawy stanowią o tym wprost⁴⁴, w innych ustawa milczy na ten temat, co może być przyczyną niejasności, mimo że teoretycznie w takim wypadku znajdą zastosowanie przepisy k.p.a.⁴⁵ Przyjęte przez ustawodawcę rozwiązania w zakresie doręczenia zawiadomienia o wszczęciu postępowania budzą wątpliwości doktryny – podnosi się brak równouprawnienia stron postępowania⁴⁶, wskutek czego istnieje ryzyko, że nie wszyscy właściciele nieruchomości dowiedzą się o postępowaniu, którego wynik niesie ze sobą doniosłe skutki cywilnoprawne – głównie o charakterze ekspropriacyjnym⁴⁷. Poza tym należy zwrócić uwagę na fakt odwoływania się przez ustawodawcę do adresów z ewidencji gruntów i budynków, które nie muszą w każdym wypadku odzwierciedlać miejsca faktycznego zamieszkania osób będących właścicielami czy użytkownikami wieczystymi nieruchomości⁴⁸. Wątpliwości budzi także przyjęcie przez ustawodawcę założenia, że każdy kto mógłby mieć interes prawny w postępowaniu prowadzonym w oparciu o specustawy powinien na bieżąco monitorować przynajmniej strony internetowe gmin i prasę lokalną⁴⁹.

Daleko bardziej ograniczone zostają doręczenia w przypadku decyzji organów pierwszej i drugiej instancji – decyzja jest doręczana jedynie wnioskodawcy, pozostałe strony zawiadamia się w drodze obwieszczeń, a właściciele lub użytkownicy nieruchomości objętych decyzją otrzymują zawiadomienie o wydaniu decyzji na adres

³⁹ Por. art. 9 ust. 2 specustawy przesyłowej, art. 11 ust. 2 specustawy o gazoporcie.

⁴⁰ Art. 11d ust. 7 i 8 specustawy drogowej, art. 7 ust. 3 i 4 specustawy lotniskowej, art. 7 ust. 4 i 5 specustawy przeciwpowodziowej.

⁴¹ Art. 52 ust. 3 specustawy telekomunikacyjnej, art. 6 ust. 2 specustawy jądrowej.

⁴² Art. 11 ust. 1 specustawy gazowej.

⁴³ Art. 7 specustawy przesyłowej.

⁴⁴ Art. 52 ust. 4 specustawy telekomunikacyjnej oraz art. 6 ust. 3 specustawy jądrowej.

⁴⁵ M. Wolanin, *Ustawa o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 112 oraz A. Gill, *Postępowanie w sprawie przygotowania inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego jako przykład „wyjątkowego” postępowania administracyjnego*, Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego 2011, nr 1 (34), s. 23.

⁴⁶ A. Gill, *op.cit.*, s. 22.

⁴⁷ T. Woś, *Wywłaszczanie nieruchomości i ich zwrot*, Warszawa 2011, s. 131–132.

⁴⁸ M. Jaśkowiec, *op.cit.*, s. 78.

⁴⁹ P. Antoniak, M. Cherka, *Art. 11(d) [w:] Przygotowanie i realizacja inwestycji w zakresie dróg publicznych. Komentarz*, P. Antoniak, M. Cherka, F. Elżanowski, K.A. Wąsowski, LEX 2012.

wskazany w ewidencji gruntów i budynków⁵⁰. Odrębną kwestią pozostaje sens istnienia tego typu zawiadomienia, skoro zgodnie z orzecznictwem posiada ono jedynie „walor informacyjny”⁵¹, a doręczenie następuje w drodze obwieszczenia – ma to szczególne znaczenie dla obliczania terminów na wniesienie odwołania⁵². Co do zasady przepisy k.p.a. mają zastosowanie w przypadku postępowania w sprawie wydania decyzji na podstawie specustaw na zasadzie *lex generalis*⁵³, w tej perspektywie należałoby traktować to zawiadomienie jako przepis szczególny wprowadzający nieznaną Kodeksowi instytucję, a wtedy termin na wniesienie odwołania powinien biec dopiero od momentu doręczenia takiego zawiadomienia. Wprawdzie dojdzie w wyniku tego do zróżnicowania terminów na wniesienie odwołania, niemniej jednak ma ono miejsce także w przypadkach, gdy doręczenia realizowane są na zasadach ogólnych. Wydaje się więc koniecznym stosowanie interpretacji na korzyść właścicieli i użytkowników wieczystych nieruchomości⁵⁴. Podobnie jak przy zawiadomieniach o wszczęciu postępowania w sprawie wydania decyzji na podstawie specustaw, pojawiają się zastrzeżenia konstytucyjne w tym zakresie⁵⁵ – dziwi uprzywilejowanie wnioskodawcy, któremu decyzja jest doręczana, choć skutki tej decyzji odczuwają przede wszystkim właściciele i użytkownicy wieczystości nieruchomości⁵⁶.

Ostatnim ze wskazanych elementów, który prowadzi do fragmentaryzacji prawa administracyjnego, a którego znaczenie jest niezwykle doniosłe dla sytuacji prawnej jednostki, jest modyfikacja standardów kontroli decyzji wydanych w oparciu o specustawy. Rozwiązania przyjmowane w specustawach przede wszystkim naruszają konstytucyjną zasadę dwuinstancyjności postępowania i prawo do sądu poprzez stosowane przez ustawodawcę ograniczenia uprawnień organów kontrolnych i sądów administracyjnych, co tym samym przyczynia się do pogorszenia pozycji strony postępowania. Specustawy ograniczają możliwość uchylenia decyzji – nie jest możliwe jej uchylenie albo stwierdzenie nieważności w całości, gdy wadą dotknięta jest tylko część decyzji dotycząca odcinka drogi czy nieruchomości⁵⁷. W uzasadnieniu do specustawy telekomunikacyjnej podkreślono, że rozwiązanie to ma zapobiec nieuzasadnionemu

⁵⁰ Art. 11f ust. 3 i 6 specustawy drogowej, art. 9q ust. 2 i 4 specustawy kolejowej, art. 24 ust. 2 i 4 specustawy UEFA, art. 10 specustawy lotniskowej, art. 12 ust. 1 i 3 specustawy o gazoporcie, gdzie skutek doręczenia wiąże się wyraźnie z obwieszczeniem w urzędzie wojewódzkim, art. 57 ust. 1, 2 i 5 specustawy telekomunikacyjnej, art. 10 ust. 1, 2, 4 i 8 specustawy przeciwpowodziowej, art. 10 ust. 1 i 3 specustawy jądrowej, art. 10 ust. 1 specustawy przesyłowej.

⁵¹ Wyrok WSA w Warszawie z 22 listopada 2010 r., VII SA/Wa 1471/10, LEX nr 759997; wyrok NSA z 5 kwietnia 2011 r., II OSK 234/11, LEX 992514.

⁵² M. Wolanin, *op.cit.*, s. 177–178.

⁵³ Art. 11c specustawy drogowej, art. 19 ust. 2 specustawy lotniskowej.

⁵⁴ P. Antoniak, M. Cherka, *Art. 11(f) [w:] Przygotowanie i realizacja inwestycji w zakresie dróg publicznych. Komentarz*, P. Antoniak, M. Cherka, F. Elżanowski, K.A. Wąsowski, LEX 2012.

⁵⁵ M. Kamiński, *op.cit.*, s. 298.

⁵⁶ A. Gill, *op.cit.*, s. 26.

⁵⁷ Por. art. 11g ust. 3 specustawy drogowej, art. 9r ust. 2 specustawy kolejowej, art. 12 ust. 3 specustawy o lotniskach, art. 34 ust. 5 specustawy gazowej, art. 58 ust. 5 specustawy telekomunikacyjnej, art. 11 ust. 3 specustawy przeciwpowodziowej, art. 37 ust. 4 specustawy jądrowej.

powtarzaniu postępowania zmierzającego do wydania nowej decyzji lokalizacyjnej dla całej inwestycji w sytuacji, gdy wadą dotknięta jest część decyzji⁵⁸. Wątpliwości budzi ingerencja ustawodawcy w kompetencje orzecznicze organu odwoławczego i sądu administracyjnego, osłabiając tym samym możliwość sprawowania kontroli przez te instytucje, więc należy postawić pytanie o konstytucyjność tych regulacji w kontekście prawa do sądu⁵⁹.

Innym stosowanym ograniczeniem jest brak możliwości stwierdzenia nieważności decyzji wydanej w oparciu o specustawę po upływie 14 dni od dnia, w którym stała się ostateczna, a inwestor rozpoczął budowę. Artykuł 158 § 2 k.p.a. stosuje się odpowiednio⁶⁰.

Oprócz tego ustawodawca przewiduje ograniczenia dotyczące tylko uprawnień sądów administracyjnych – wiążą się one ze wspomnianą już tendencją do nadawania decyzjom wydanym na podstawie specustaw rygoru natychmiastowej wykonalności, wskutek czego sąd administracyjny po upływie 14 dni od dnia rozpoczęcia budowy może jedynie stwierdzić, że decyzja narusza prawo z przyczyn określonych w art. 145 lub 156 k.p.a.⁶¹ Przyjęta regulacja cechuje się niejasnością – powstaje pytanie, czy po upływie przewidzianych terminów możliwe jest jedynie stwierdzenie nieważności na podstawie art. 156 k.p.a. lub uchylenie decyzji na podstawie art. 145 k.p.a., czy też sąd administracyjny ma możliwość stosowania art. 145 § 1 pkt 1 lit. c/ p.p.s.a.⁶² Orzecznictwo sądowe przychyliła się do poglądu umożliwiającego także uchylenie decyzji na podstawie naruszenia innych przepisów postępowania⁶³. Przy czym należy podkreślić, że ograniczenia te dotyczą zawsze decyzji wydanych w pierwszej instancji⁶⁴. Jeden z przepisów wprowadzających te ograniczenia⁶⁵ był przedmiotem kontroli Trybunału Konstytucyjnego⁶⁶, który stwierdził jego zgodność z Konstytucją – rozwiązanie to, zdaniem Trybunału, przyczynia się do przyspieszenia postępowania, a także wzmacnia skuteczność decyzji, a co za tym idzie umożliwia niezakłóconą realizację inwestycji. Fikcja nieodwracalności skutku decyzji, czyli rozpoczęcia budowy jako momentu, od którego

⁵⁸ Por. M. Jaśkowska, *op.cit.*, s. 84.

⁵⁹ A. Gill, *op.cit.*, s. 25–26. Podobnie M. Kamiński, *op.cit.*, s. 304.

⁶⁰ Zob. art. 31 ust. 1 specustawy drogowej, art. 9ac ust. 2 i 4 specustawy kolejowej, art. 36 ust. 1 specustawy UEFA, art. 13 ust. 1 specustawy o lotniskach, art. 36 ust. 1 specustawy gazowej, art. 58 ust. 6 specustawy telekomunikacyjnej, art. 15 ust. 1 specustawy przeciwpowodziowej, art. 39 ust. 1 specustawy jądrowej.

⁶¹ Art. 31 ust. 2 specustawy drogowej, art. 9ac ust. 3 i 4 specustawy kolejowej, art. 13 ust. 2 specustawy o lotniskach i art. 15 ust. 2 specustawy przeciwpowodziowej; termin 30 dni przewiduje specustawa o gazoporcie w art. 36 ust. 2 oraz specustawa jądrowa w art. 39 ust. 2.

⁶² J. Parchomiuk twierdzi, że z uwagi na złą konstrukcję przepisu rozstrzygnięcie tego sporu jest niemożliwe; por. J. Parchomiuk, *Uprozczone procedury realizacji publicznych inwestycji infrastrukturalnych a ochrona praw jednostki* [w:] *Przestrzeń i nieruchomości jako przedmiot prawa administracyjnego. Publiczne prawo rzeczowe*, red. I. Niżnik-Dobosz, Warszawa 2012, s. 355.

⁶³ Por. wyrok WSA w Gliwicach z 5 lipca 2010 r., II SA/GL 291/10, Lex nr 674110; wyrok NSA z 24 sierpnia 2010 r., II OSK 984/10, Lex nr 746932; wyrok WSA w Warszawie z 28 kwietnia 2011 r., VII SA/Wa 603/11, Lex nr 897752.

⁶⁴ Podkreślił to też TK w wyroku z 16 października 2012 r., K 4/10, OTK ZU-A 2012, nr 9, poz. 106.

⁶⁵ Art. 31 ust. 1 i 2 specustawy drogowej.

⁶⁶ Wyrok TK – K 4/10.

nie można stwierdzić nieważności decyzji, motywowana względami gospodarczymi, tj. kosztami ewentualnego zniweczenia nakładów poniesionych na rozpoczętą budowę drogi, a także pilną potrzebą wybudowania sieci drogowej powoduje, że ograniczenia organu nadzorczego i sądu administracyjnego zawarte w art. 31 wprawdzie zawężają środki ochrony prawa własności dostępne dla osoby wywłaszczonej, jednak spełniają one wymagania wynikające z zasady proporcjonalności i są uzasadnione względami bezpieczeństwa publicznego – tj. złym stanem dróg⁶⁷. Stanowisko Trybunału należy uznać za efekt wąskiego wzorca kontroli konstytucyjności, który zastosowano w przedmiotowej sprawie. Specustawy, obejmując jednym aktem administracyjnym wiele różnych spraw, co już zostało wspomniane, wywołują skutki o szerszym zakresie niż w przypadku „standardowych” decyzji administracyjnych wydawanych w toku procesu inwestycyjno-budowlanego, a co za tym idzie – patrząc z perspektywy jednostki i oceniając systemowo wprowadzane ograniczenia w standardzie ich kontroli – budzą spore wątpliwości.

Podsumowanie

Przyjęło się traktować specustawy jako już pewien stały element „administracyjnego krajobrazu” – jednak rozwiązania, które przyjmuje ustawodawca, z pewnością nie sprzyjają spójności systemu prawa administracyjnego i są mocnym argumentem za tezą, iż mamy obecnie do czynienia z kryzysem prawa administracyjnego. Samo istnienie specustaw wprowadzających szczególne tryby postępowania i nowe rodzaje decyzji związanych z realizowanymi przez państwo inwestycjami infrastrukturalnymi samo z siebie prowadzi do rozczłonkowania i fragmentaryzacji systemu prawa administracyjnego. Można rzecz, że niepotrzebnego, bo tak jak zostało wspomniane – łatwiej podjąć działania zmierzające do modyfikacji reguł ogólnych, niż *ad hoc* tworzyć reguły specjalne. Rozwój infrastruktury wymaga interwencji państwa, które jednak musi mieć na uwadze dobro jednostki, a także zachowanie daleko idącej pewności prawa – nie jest to postulat absolutny, ale wymagający odpowiedniego wyważenia, a na ten moment ochronę stosowaną w specustawach trzeba uznać za niewystarczającą, a tym samym naruszającą jedną z podstawowych funkcji prawa administracyjnego, jaką jest funkcja gwarancyjna tej gałęzi prawa. Stąd też należy poddać względnej krytyce stanowisko przyjęte przez Trybunał Konstytucyjny – nie sposób przyjąć argumentację, iż „zły stan dróg”, będący swego rodzaju czynnikiem decydującym przy wyważaniu interesu publicznego i interesu indywidualnego, ma decydować o proporcjonalności stosowanych przez ustawodawcę rozwiązań.

⁶⁷ Nowa regulacja dotyczyła zarówno sytuacji zamkniętych, tj. niezrealizowanych inwestycji pod rządami poprzednio obowiązujących przepisów, jak i rozpoczętych i niezakończonych inwestycji; zob. pkt 6.3 i 7.2. uzasadnienia orzeczenia TK. O otwartych i zamkniętych sytuacjach prawnych zob. J. Boć, *Obywatel wobec współczesnej ingerencji współczesnej administracji*, Wrocław 1985, s. 154–157; M. Kamiński, *Prawo administracyjne intertemporalne*, Warszawa 2011, s. 295–296; J. Lemańska, *Uzasadnione oczekiwania w perspektywie prawa krajowego i regulacji europejskich*, Warszawa 2016, s. 127; Ł. Prus, *Ochrona uzasadnionych oczekiwań jako zasada ogólna europejskiego prawa administracyjnego*, Warszawa 2018, s. 128–129.

* * *

Fragmentation of Administrative Law as a Result of the ‘Special Acts’

The issue of the so-called ‘special acts’ and their meaning is one of the most leading problems of modern administrative law. Some critics of such regulations indicate that their increase in significance is one of the manifestations of the crisis in this branch of law. ‘Special acts’ are intended to be a remedy for the state’s infrastructure problems, but they constitute a significant deviation from the general principles of law and administrative proceedings. In particular, three areas are subject to modification: allowing decisions to be taken to resolve various administrative matters under one decision, amending the code provisions for notifications and deliveries, and modifying the standards for the control of decisions issued on the basis of special acts. The declared episodicity of some regulations is also doubtful. All this leads to a negative phenomenon, defined in the text as ‘fragmentation of administrative law’.

Key words: special act, administrative law, crisis, fragmentation, decoding

Adam Rzetecki¹

Opodatkowanie zakładów bukmacherskich podatkiem od gier – analiza i propozycje zmian

Streszczenie:

Stawka podatku od gier dla zakładów wzajemnych w Polsce wynosi 12% i jest jedną z najwyższych w Unii Europejskiej. Wysoka stawka podatku dla zakładów bukmacherskich niekorzystnie wpływa na relację między stawką a wygranymi, silnie je redukując. Mimo iż gracz nie jest podatnikiem, to w rzeczywistości ciężar opodatkowania jest przeniesiony na niego. Przeniesienie ciężaru podatku na gracza przez zmniejszenie stawki powoduje w konsekwencji zmniejszenie wygranej. Fakt, że ustawodawca określił podstawę opodatkowania jako sumę wpłaconych stawek, zamiast jako różnicę między wygraną a stawką, powoduje zmniejszenie wygranej w porównaniu do zakładów zawieranych w innych państwach Unii Europejskiej. W rezultacie konstrukcja podatku od gier dla zakładów wzajemnych ma silny wpływ na zmniejszenie dochodów budżetu państwa.

Słowa kluczowe: podatek od gier, podatek od zakładów bukmacherskich, ciężar podatku, wpływ stawki podatku na wygraną, hazard, zakłady bukmacherskie

1. Wprowadzenie

Wartość rynku gier hazardowych w Polsce szacuje się na około 5 mld złotych². Nie dziwi więc fakt, iż ustawodawca skierował swoją uwagę w jego stronę, opodatkowując hazard podatkiem od gier. Czynnikiem usprawiedliwiającym „specjalne” opodatkowanie gier hazardowych jest ich negatywny odbiór społeczny. Hazard, w świadomości znacznej części Polaków, jawi się jako rozrywka niemoralna, szkodliwa społecznie, uzależniająca

¹ Autor jest doktorantem w Katedrze Prawa Finansowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

² *Rynek zakładów w Polsce*, <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/845958,nielegalne-zaklady-bukmacherskie.html>, 26.11.2017.

i adresowana do osób żyjących rozrzutnie. Warto zaznaczyć, że wspomniany argument już w przeszłości był stosowany do nakładania ciężarów podatkowych, bowiem w XV-wiecznej Anglii, pod tym właśnie pretekstem, opodatkowano gry hazardowe, aby zdobyć dodatkowe środki na prowadzenie działań wojennych³. Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, że obecne działania ustawodawcy związane z opodatkowaniem hazardu nie są uzasadnione wyłącznie względami etycznymi, ale również utratą przez państwo znacznych wpływów fiskalnych w skutek uczestnictwa graczy w internetowych zakładach organizowanych przez zagranicznych bukmacherów. Rodzimy ustawodawca przyjął jednak do walki z tym szkodliwym dla finansów publicznych zjawiskiem rozwiązania oparte wyłącznie o działania legislacyjne na gruncie prawa karnego skarbowego albo blokowaniu zagranicznych stron internetowych oferujących gry hazardowe. Jednakże głównego źródła problemu należy upatrywać w samym sposobie opodatkowania zakładów bukmacherskich podatkiem od gier, gdzie obecnie funkcjonujące rozwiązania zdecydowanie zmniejszają wysokość wygranych, przez co wielu graczy decyduje się na grę u niezarejestrowanych w Polsce, zagranicznych bukmacherów, co w efekcie negatywnie wpływa na wysokość dochodów osiągniętych przez państwo z tytułu wspomnianego podatku.

Celem artykułu jest charakterystyka polskich regulacji prawnych dotyczących opodatkowania zakładów bukmacherskich podatkiem od gier, a w szczególności analiza czynników wpływających na niską efektywność fiskalną tej daniny.

Przyjęto tezę, że konstrukcja opodatkowania zakładów wzajemnych jest niedostosowana do sytuacji, w której rynek zakładów bukmacherskich jest zdominowany przez podmioty działające w Internecie, a nadmierne obciążenia fiskalne przyczyniają się do tego, iż większość graczy korzysta z usług łatwo dostępnych, lecz nielegalnych podmiotów zagranicznych.

W badaniu wykorzystana została metoda analizy i krytyki piśmiennictwa oraz aktów prawnych, polegająca na wskazaniu istotnych cech, związków, zależności istniejących w teorii i opracowaniach naukowych. Rozważania mają charakter deskryptywny i stanowią analizę porównawczą literatury opisującej strukturę oraz mechanizmy funkcjonowania opodatkowania zakładów bukmacherskich podatkiem od gier, jak również eksplanacyjny, ponieważ badają one związki i zależności przyczynowo-skutkowe między regulacjami prawnymi a ich przełożeniem na znaczenie fiskalne podatku.

2. Definicja zakładu bukmacherskiego

Pojęcie zakładu bukmacherskiego zostało zdefiniowane w art. 2 ust. 2 ustawy o grach hazardowych. Jest to, obok tzw. totalizatorów, rodzaj zakładu wzajemnego, czyli zakładu o wygrane pieniężne lub rzeczowe, polegający na odgadywaniu zaistnienia różnych zdarzeń, w których uczestnicy wpłacają stawki, a wysokość wygranych zależy od umówionego między przyjmującym zakład a wpłacającym stawkę stosunku

³ A. Gomułowicz, J. Małecki, *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2013, s. 556.

wpłaty do wygranej – bukmacherstw⁴. Zakłady bukmacherskie to głównie zakłady dotyczące wydarzeń sportowych, w których przewiduje się rezultaty zdarzeń związanych z przebiegiem rywalizacji atletów, na przykład zwycięzcę meczu, dokładny wynik spotkania, liczbę strzelonych bramek czy żółtych kartek. Jednakże zakłady bukmacherskie obejmują również przewidywanie rezultatów zdarzeń niezwiązanych z rywalizacją sportowców, takich jak wynik wyborów lub termin oddania do użytku autostrady. W tym miejscu należy podkreślić, że z punktu widzenia prawa cywilnego zakład jest umową, w której strony dla umocnienia swojego twierdzenia przyrzekają sobie wzajemne świadczenia, jeśli twierdzenie to okaże się prawdziwe lub nieprawdziwe⁵. Ogólnikowa regulacja, zawarta w art. 2 ust. 2 ustawy o grach hazardowych, mówi, iż zakładami wzajemnymi są zakłady o „wygrane pieniężne lub rzeczowe”⁶, co stanowić może źródło istotnych problemów interpretacyjnych. Co prawda, obecnie problem ten ma znaczenie jedynie teoretyczne, bowiem wszyscy zarejestrowani w Polsce bukmacherzy oferują wyłącznie wygrane pieniężne, jednakże wątpliwość wynikająca z tego przepisu sprowadza się do konieczności odpowiedzi na pytanie, czy o zakładzie bukmacherskim można mówić, gdyby bukmacher w ramach wygranej oferował na przykład usługi. Ustawa o grach hazardowych nie wprowadza definicji „wygranej rzeczowej”, a więc konieczne jest odwołanie się do art. 45 k.c., który wskazuje, że rzeczami są wyłącznie przedmioty materialne⁷. Wynika stąd, że zakłady, w których wygraną byłyby usługi, nie mogłyby być uznane za zakłady bukmacherskie w rozumieniu ustawy. Podobny problem ma miejsce w związku z brakiem definicji legalnej „stawki”, którą wpłaca uczestnik. Opierając się na definicji pochodzącej ze słownika języka polskiego PWN, stawka to: „kwota, którą można zyskać lub stracić w grze hazardowej; też: kwota płacona za los na loterii”⁸. Stawka, w założeniu ustawodawcy, może być wpłacona wyłącznie w pieniądzu. Pogląd ten potwierdza stanowisko literatury mówiące, iż gdyby zamiast kwoty pieniężnej na poczet zawarcia zakładu wniesiono rzecz lub usługę, to wówczas nie byłby to zakład bukmacherski w rozumieniu ustawy o grach hazardowych⁹. Ustawodawca, tworząc regulacje prawne, nie zdołał zapobiec powstaniu istotnej luki prawnej, która może być wykorzystana celem uniknięcia płacenia opisywanego podatku. Z drugiej strony, czynnikiem chroniącym system podatkowy przed unikaniem zapłaty podatku od gier w oparciu o nieprecyzyjność zapisów ustawy, są niedogodności praktyczne, z którymi wiązałoby się zastosowanie wspomnianego rozwiązania. Warto tym miejscu wskazać, że popularne konkursy organizowane przez portale internetowe zajmujące się tematyką sportową, gdzie użytkownicy odgadują, np. wyniki meczów Mistrzostwa

⁴ Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (t.j. Dz.U. z 2016, poz. 471).

⁵ A. Rzetecka-Gil, *Art. 413 [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna*, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587362280/159720>, 24.11.2017.

⁶ Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (t.j. Dz.U. z 2016, poz. 471).

⁷ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 459).

⁸ *Stawka*, <http://sjp.pwn.pl/szukaj/stawka.html>, 27.11.2017.

⁹ A. Słysz, *Opodatkowanie podatkiem od gier bukmacherstwa – rozważania na temat podatku, podatnika, stawki i wpływu podatku na stosunek wpłaty do wygranej*, *Roczniki Administracji i Prawa* 1/2014, s. 162.

Świata w piłce nożnej, a zamiast stawki wyrażonej w pieniądzu posługują się punktami przyznanymi przez organizatora zabawy, wymienialnymi później na nagrody, nie są zakładem bukmacherskim w rozumieniu ustawy. Konkursy te bowiem, chociaż ich mechanizm pozornie przypomina zakłady bukmacherskie, nie są nimi, gdyż nie możemy mówić tu chociażby o stawce wpłacanej przez uczestnika, w rozumieniu ustawy o grach hazardowych.

Jednakże w sytuacjach niejednoznacznych, gdy pojawiają się uzasadnione wątpliwości, czy grę należy uznać za zakład wzajemny, kwestie sporne rozstrzyga każdorazowo Minister Finansów, co zostało potwierdzone wyrokiem WSA w Poznaniu z dnia 17 maja 2013 r., I SA/Po 127/13. Sąd wskazał, iż wykładnia systemowa art. 2 ust. 6 ustawy z 2009 r. o grach hazardowych prowadzi do wniosku, że jeżeli istnieją gry lub zakłady posiadające cechy wymienione w art. 2 ust. 1–5 ustawy, to Minister Finansów jest organem właściwym do rozstrzygnięcia, czy taka gra lub zakład jest grą losową, zakładem wzajemnym albo grą na automacie w rozumieniu ustawy z 2009 r. o grach hazardowych¹⁰. Powyższe rozwiązanie prowadzi do sytuacji, w której Ministrowi Finansów przyznawana jest kompetencja do ustalania przedmiotu podatku, podczas gdy rozwiązanie takie jest sprzeczne z art. 84 Konstytucji RP¹¹, w którym sformułowana została w sposób kategoriyczny zasada wyłączności regulacji ustawowej w odniesieniu do wszystkich konstytutywnych elementów konstrukcji prawnej stosunku prawnopodatkowego.

3. Sposób opodatkowania zakładów bukmacherskich podatkiem od gier

Fakt opodatkowania zakładów bukmacherskich, podobnie jak i innych odmian hazardu, nie budzi społecznego sprzeciwu. Danina ta bowiem głęboko zakorzeniła się w świadomości podatników i obecnie nie kwestionuje się już fiskalnego znaczenia hazardu. Duży wpływ na ten stan rzeczy ma niewątpliwie negatywny odbiór społeczny tego sposobu spędzania wolnego czasu. Dlatego też ustawodawca nie miał trudności, aby uzasadnić sens wprowadzenia dodatkowego ciężaru finansowego, argumentując, że pieniądze pochodzące od osób, które stać na tak kosztowną i społecznie szkodliwą rozrywkę, będą teraz wykorzystane przez państwo do bardziej pożytecznych celów. Podatek od gier w Polsce, jak zwraca uwagę A. Gorgol¹², uregulowany jest w sposób specyficzny, a mianowicie wszystkie regulacje dotyczące wspomnianego podatku zlokalizowane są w ustawie o grach hazardowych, nie zaś w typowej ustawie podatkowej. Ustawa ta, poza sprawami fiskalnymi, reguluje też całokształt zdarzeń, które wiążą się z funkcjonowaniem gier hazardowych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Dochody z podatku od gier, osiągnięte w wyniku opodatkowania zakładów bukmacherskich, stanowią w całości dochód Skarbu Państwa. Danina publiczna, o której

¹⁰ Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 17 maja 2013 r., I SA/Po 127/13, LEX 1310727.

¹¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (t.j. Dz.U. z 1997, Nr 78, poz. 483).

¹² A. Gorgol, *Podatek od gier* [w:] *Zarys finansów publicznych i prawa finansowego*, red. W. Wójtowicz, Warszawa 2011, s. 231.

mowa, jest podatkiem pośrednim. W oparciu o kryterium źródła przychodu, podatek ten jest podatkiem typu przychodowego (obliczany od obrotu brutto)¹³. Jak wskazuje M. Krawczak: „podatek ten opiera się o zasadę samoobliczania, naśladując w ten sposób regulacje podatkowe obecne w pozostałych państwach UE”¹⁴. Stanowisko to potwierdza treść wyroku NSA z 20 stycznia 2015 r. II FSK 2464/14¹⁵, gdzie stwierdzono, że „działanie organu (gdy podstawą korekty była wysokość stawki mającej zastosowanie, a nie zaszła żadna z przesłanek określonych w art. 21 § 3 Ordynacji podatkowej), który określił zobowiązanie w kwocie dokładnie takiej samej, jak zadeklarowana przez podatnika, jest niedopuszczalne w świetle art. 21 § 3 Ordynacji podatkowej i narusza wyrażoną zasadę samoobliczenia podatku”.

4. Zakres podmiotowy podatku od gier w kontekście opodatkowania zakładów bukmacherskich

Zakres przedmiotowy opodatkowania w kontekście zakładów bukmacherskich wiąże się z urządzaniem tego rodzaju gier hazardowych¹⁶. W tym miejscu należy zaznaczyć, że w świetle art. 71 ust. 4 ustawy o grach hazardowych obowiązek podatkowy powstaje z dniem rozpoczęcia urządzania gier w pierwszym punkcie lub na pierwszej stronie internetowej spośród punktów i stron objętych zezwoleniem¹⁷.

Podatnikiem podatku od gier jest podmiot, który prowadzi działalność gospodarczą w zakresie urządzania gier hazardowych (tu: od zakładów bukmacherskich), funkcjonując w oparciu o udzielone mu zezwolenie¹⁸. Jednakże, jak zauważa A. Słysz, „gracz, uczestnik zakładu wzajemnego wpłacający stawkę, nie jest *de iure* podatnikiem podatku od gier”¹⁹. Ma bowiem miejsce zjawisko określane mianem przerzucalności podatku²⁰, gdyż ekonomiczny ciężar opodatkowania ponosi nie podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie gier hazardowych, ale gracz, w momencie, gdy wpłaca stawkę umożliwiającą wzięcie udziału w grze.

5. Podstawa opodatkowania w przypadku zakładów wzajemnych

Podstawę opodatkowania podatkiem od gier w odniesieniu do zakładów bukmacherskich stanowi, zgodnie z art. 73. ust. 1 pkt 4 ustawy o grach hazardowych, suma wpłaconych stawek²¹. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, że suma wpłaconych

¹³ *Ibidem*, s. 231–233.

¹⁴ M. Krawczak, *Stosowanie przepisów dotyczących podatku od gier*, Prawo i podatki 9/2009, s. 21.

¹⁵ Wyrok NSA z 20 stycznia 2015 r., II FSK 2464/14, ONSAiWSA 2015/6/121.

¹⁶ A. Gomułowicz, J. Małecki, *op.cit.*, s. 556.

¹⁷ Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (t.j. Dz.U. z 2016, poz. 471).

¹⁸ M. Goettel, *Podatek od gier* [w:] *Instytucje prawa cywilnego w konstrukcji prawnej podatków*, red. M. Goettel, M. Lemonnier, Warszawa 2011, s. 387–388.

¹⁹ A. Słysz, *op.cit.*, s. 163.

²⁰ H. Dzwonkowski, *Struktura dochodów podatkowych* [w:] *Prawo podatkowe*, red. H. Dzwonkowski, Warszawa 2010, s. 19.

²¹ Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (t.j. Dz.U. z 2016, poz. 471).

stawek to całość faktycznie otrzymanych przez podmiot przyjmujący zakłady kwot z tytułu obstawiania zakładów²². Z punktu widzenia interesu fiskalnego nie ma znaczenia, czy zawarty zakład zakończy się wygraną gracza. Należność z tytułu podatku zależy bowiem wyłącznie od tego, jaką kwotę gracz wpłacił w momencie zawarcia zakładu wzajemnego.

Zdefiniowanie „sumy wpłaconych stawek” nie budzi żadnych wątpliwości, gdy zakłady są zawierane u bukmacherów stacjonarnych (naziemnych). Inaczej sytuacja wygląda w przypadku gry przez Internet. Od 2011 roku prawo pozwala bukmacherom zarejestrowanym w Rzeczypospolitej Polskiej na organizowanie zakładów również w sieci²³. Każdy gracz, chcący zawierać zakłady przez Internet, musi założyć „konto gracza”, podając w tym celu dane personalne, zgodnie z regulaminem opracowanym przez legalnie działającego bukmachera²⁴. Na konto gracz wpłaca określoną kwotę (depozyt), którą wykorzystuje w grze. W sytuacji gdy prawidłowo przewiduje rezultaty zdarzeń i wygrywa, może uzyskaną w ten sposób kwotę wykorzystywać do dalszej gry. Jednak do momentu, aż nie zdecyduje się na wypłatę środków, mają one charakter *de facto* wirtualny. Pojawia się zatem wątpliwość, czy reinwestowane wygrane należy uznawać za „sumy wpłaconych stawek”, a w konsekwencji odprowadzać od nich podatek. W początkowej fazie funkcjonowania w Polsce legalnych zakładów internetowych bukmacherzy mieli problem, czy podstawą opodatkowania są w tym przypadku pieniądze wpłacone pierwotnie przez gracza, czy też stawka każdego zawartego zakładu. Problem ten rozstrzygnął dopiero wyrok WSA w Gliwicach z dnia 21 czerwca 2010 r. (I SA/Gl 367/10), z którego jednoznacznie wynika, że zdaniem sądu:

podstawę opodatkowania podatkiem od gier przy zakładach wzajemnych (bukmacherskich) stanowi suma stawek – bez względu na formę uregulowania kolejnej stawki (wpłaty, przeznaczenia, zadysponowania), a to z tej przyczyny, że zawarcie zakładu wzajemnego wymaga wytypowania zdarzenia oraz opłacenia stawki (...). Stwierdzenie o sumie wpłaconych stawek, które przesądza o podstawie opodatkowania, dotyczy – zdaniem organu interpretacyjnego, którą to interpretację podziela skład orzekający w niniejszej sprawie – sumy wszystkich kwot (stawek), które stanowią podstawę do obliczenia ewentualnej wygranej, czyli będzie to kwota wpłacona bezpośrednio przez gracza, jak i też kwoty wynikające z poszczególnych prawidłowo wytypowanych okazji przeznaczone na kolejne okazje zawarcia układu²⁵.

Sąd w swoim orzeczeniu przyjął stanowisko zdecydowanie profiskalne. Niemniej jednak przedstawioną wyżej wykładnię prawa należy uznać za słuszną. W obecnym stanie prawnym niezakwalifikowanie kwot wynikających z wygranych w Internecie przy zawieraniu kolejnych zakładów jako „sumę wpłaconych stawek” mogłoby

²² G. Musolf, *Kontrola realizacji zobowiązań podatkowych w podatku od gier po 30 października 2009 r.* [w:] *Ordynacja podatkowa. Kontrola realizacji zobowiązań podatkowych*, red. R. Dowgier, Białystok 2012, s. 390.

²³ A. Słysz, *op.cit.*, s. 164.

²⁴ *Regulamin*, <https://www.sts.pl/pl/customer-service/regulamin/>, 27.11.2017.

²⁵ Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 21 czerwca 2010 r., I SA/Gl 367/10, LEX 590859.

prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji osób grających u bukmacherów naziemnych. Należy stwierdzić jednak, że ustawodawca w przyszłości powinien na nowo wyznaczyć podstawę opodatkowania dla zakładów wzajemnych (w tym bukmacherskich) i uznać argument, że pieniądze, którymi obraca gracz uprawiający hazard w sieci mają, aż do momentu ich wypłaty na konto bankowe, charakter „wirtualny”. Tego typu zmiana jest konieczna w obliczu ewolucji preferencji klientów, którzy chętniej wybierają wygodną i szybką grę przez Internet, podczas gdy z usług naziemnych bukmacherów korzystają głównie osoby starsze, przyzwyczajane do wizyt w punkcie oferującym zawarcie zakładu. Nie ulega wątpliwości, że ewolucja zwyczajów graczy skłoni ustawodawcę do znalezienia alternatywnych rozwiązań w dziedzinie opodatkowania hazardu, tym bardziej, że musi on liczyć się z silną konkurencją ze strony podmiotów zagranicznych, której nie uda się wyeliminować jedynie w oparciu o działania legislacyjne na gruncie prawa karnego skarbowego czy też blokowania zagranicznych stron internetowych oferujących gry hazardowe. Najbardziej racjonalnym rozwiązaniem wydawać może się odejście od opodatkowania wpłacanych stawek na rzecz opodatkowania różnicy między wypłacaną wygraną a pierwotnie wniesionym wkładem.

6. Stawka podatku dla zakładów wzajemnych

Stawka podatku jest proporcjonalna i ujęta procentowo w stosunku do podstawy opodatkowania²⁶. Podatek od gier oblicza się według skali proporcjonalnej, a stawka nie ulega zmianie w zależności od zmiany podstawy opodatkowania²⁷. Obecnie wynosi ona 2,5% dla zakładów wzajemnych na sportowe współzawodnictwo zwierząt, a także 12% dla innych zakładów wzajemnych²⁸. Podobną do polskiej konstrukcję wprowadzono w 2012 roku w Niemczech, jednakże tam zakłady bukmacherskie są opodatkowanie stawką 5%, a zatem zdecydowanie niższą²⁹. W wielu krajach Europy zakłady wzajemne nie są obłożone ciężarami fiskalnymi albo są one symboliczne, a zatem w Polsce poziom opodatkowania tej branży jest niemal najwyższy w UE. Polskie podmioty oferujące zawieranie zakładów bukmacherskich mają więc ograniczoną możliwość równorzędnego konkurowania z podmiotami zagranicznymi, nie tylko z uwagi na niekorzystne opodatkowanie, ale również z powodu licznych wymagań formalnych i organizacyjnych. NIK, w informacji o wynikach kontroli dotyczącej funkcjonowania rynku zakładów wzajemnych, wskazał, że aż 90% polskiego rynku należy do bukmacherów zagranicznych, niepłacących podatków w kraju³⁰. Jednak główną przyczyną, dla której polscy gracze decydują się na korzystanie z oferty obcych podmiotów, jest znaczna dysproporcja między wygranymi, które mogą osiągnąć

²⁶ A. Gomułowicz, J. Małecki, *op.cit.*, s. 558.

²⁷ A. Gorgol, *op.cit.*, s. 231.

²⁸ Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (t.j. Dz.U. z 2016, poz. 471).

²⁹ A. Słysz, *op.cit.*, s. 165.

³⁰ *Egzekwowanie przepisów prawa wobec podmiotów prowadzących działalność w zakresie zakładów wzajemnych*, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,8059,vp,10080.pdf>, 29.11.2017.

u nielegalnych bukmacherów w stosunku do wygranych możliwych do osiągnięcia w Polsce. Wysoka stawka podatku, połączona z niekorzystnie określoną podstawą opodatkowania (sumą wpłaconych stawek) sprawia, że uczestniczenie w zakładach organizowanych przez rodzimych bukmacherów jest niezbyt opłacalne i zmusza gracza do podjęcia większego ryzyka w celu osiągnięcia zadowalających rezultatów finansowych, co zwiększa prawdopodobieństwo przegrania zakładu. W sytuacji bowiem, gdy gracz zawiera dwa zakłady: jeden u polskiego bukmachera, a drugi u zagranicznego, przy założeniu wniesienia stawki w jednakowej wysokości i przy jednakowym kursie (przyporządkowany przelicznik ustalony dla każdego wydarzenia przez bukmachera według jego własnego uznania³¹) na zwycięstwo danej drużyny, to jego wygrana osiągnięta w Polsce zawsze będzie o kilkadziesiąt procent niższa aniżeli ta osiągnięta w ramach gry u podmiotu zagranicznego.

Zasygnalizowania wymaga fakt, iż opodatkowanie podatkiem od gier nie wyklucza dodatkowego obciążenia wygranej podatkiem dochodowym od osób fizycznych. Wolne od tego podatku są wygrane, jeżeli jednorazowa ich wartość nie przekracza 2 280 zł. Podatek dochodowy od wygranej przekraczającej przywołany limit ma postać podatku zryczałtowanego i wynosi 10% wygranej, co wynika z art. 30 ust.1. pkt 2 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych³². Podatek pobiera się od pełnej wysokości wygranej, nie zaś wyłącznie od nadwyżki ponad 2 280 złotych. Teoretycznie możliwa jest sytuacja, w której gracz „wygra” mniejszą kwotę niż ta, którą pierwotnie wniósł jako wkład pieniężny w momencie zawierania zakładu. Dodatkowe opodatkowanie wygranych w zakładach bukmacherskich jest rozwiązaniem szkodliwym, zniechęcającym graczy do uczestnictwa w legalnych zakładach. W konsekwencji gracze dysponujący większym kapitałem, a zatem grający za duże stawki, nie będą zainteresowani grą u polskiego bukmachera, gdyż wiąże się ona ze zbytnim obciążeniem fiskalnym. W konsekwencji budżet nie osiąga dochodów z podatku od gier hazardowych, które mógłby osiągnąć, gdyby sposób opodatkowania nie zmniejszał, w znacznym stopniu, wygranych przez gracza kwot.

7. Propozycje zmian w opodatkowaniu zakładów bukmacherskich podatkiem od gier

Możliwość osiągnięcia większych dochodów z gry w zakładach bukmacherskich jest głównym czynnikiem, dla którego Polacy decydują się, wbrew obowiązującemu prawu, uczestniczyć w zakładach wzajemnych prowadzonych przez podmioty zagraniczne. Zgodnie z art. 107 § 2 k.k.s.: „każdy, kto na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej uczestniczy w zagranicznej grze losowej lub zagranicznym zakładzie wzajemnym, podlega karze grzywny do 720 stawek dziennych albo karze pozbawienia wolności do lat 3, albo obu tym karom łącznie”³³. Jednakże groźba kary nie działa odstraszająco, chociażby z uwagi na fakt, iż cytowany przepis nie jest zgodny z prawem

³¹ *Regulamin*, <https://www.sts.pl/pl/customer-service/regulamin/>, 29.11.2017.

³² Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (t.j. Dz.U. z 2016, poz. 2032).

³³ Ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 2226).

unijnym, a ustawodawca wprowadzając go najwyraźniej nie zapoznał się z orzecnictwem TSUE. Trybunał uznał, że przepisy ograniczające możliwość korzystania z usług podmiotów legalnie działających innych państwach UE stanowią naruszenie swobody świadczenia usług³⁴, czemu dał wyraz chociażby w wyroku z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie *Gambelli i in. przeciwko Włochom*. Stwierdził tam, że: „uregulowania krajowe, które zakazują – pod rygorem sankcji karnych – wykonywania działalności w zakresie zakładów wzajemnych bez koncesji lub zezwolenia wydane go przez dane państwo członkowskie, stanowią ograniczenie swobody działalności gospodarczej oraz swobodnego świadczenia usług, o których mowa odpowiednio w art. 43 WE i 49 WE”³⁵.

Aktualnie jedynie kilkanaście procent zakładów bukmacherskich w Polsce jest zawieranych w ramach gry u legalnie działających podmiotów. Taki stan rzeczy jest rezultatem nie tylko łatwego dostępu do internetowej oferty bukmacherów zarejestrowanych w rajach podatkowych, ale także niewłaściwej konstrukcji podatku od gier, która zniechęca do gry u polskich podmiotów. Ustawodawca musi zatem podjąć działania, które choć w części odwrócą to zjawisko, gdyż walka z nielegalnymi zakładami bukmacherskimi w oparciu wyłącznie o regulacje prawa karnego skarbowego albo blokowanie zagranicznych stron oferujących gry hazardowe, mimo początkowych sukcesów, w dłuższej perspektywie nie jest w stanie odwrócić niekorzystnego trendu.

Obecnie niezbędna wydaje się radykalna modyfikacja konstrukcji podatku od gier w odniesieniu do zakładów wzajemnych. Przede wszystkim podstawa opodatkowania powinna ulec zmianie w ten sposób, że nie stanowiłaby jej suma wpłaconych stawek, ale różnica między wysokością wygranej a sumą wpłaconej stawki. Wówczas gracze uniknęliby konieczności zawierania bardziej ryzykownych zakładów celem zniwelowania strat spowodowanych oddziaływaniem tzw. współczynnika, będącego emanacją obecnej konstrukcji opodatkowania zakładów bukmacherskich. Jak bowiem wynika z Opracowania Tematycznego sporządzonego w trakcie prac nad obecną ustawą przez Biuro Analiz i Dokumentacji Kancelarii Senatu, taki sposób określania podstawy opodatkowania jest dominujący w państwach członkowskich Unii Europejskiej³⁶. Jednocześnie konieczne wydaje się obniżenie stawki podatku z obecnych 12% do takiego, który pozwoliłby stać się polskim podmiotom konkurencyjnym, przynajmniej względem przedstawicieli branży z innych państw UE. Oczywiście jest, że nawet najbardziej liberalny podatek zawsze jest gorszy dla gracza niż brak podatku, a więc nigdy nie będzie możliwe całkowite odwrócenie proporcji między bukmacherami polskimi a zarejestrowanymi w rajach podatkowych. Warto jednak czynić starania, aby sukcesywnie zmniejszać liczbą graczy korzystających z oferty nielegalnych w Polsce bukmacherów i tym samym ograniczyć straty budżetu państwa powstałe w wyniku uchylania się od płacenia podatku od gier.

³⁴ E. Kosiński, *Nowe prawo hazardowe. Wybrane zagadnienia*, Homines Hominibus 1/2011, s. 8–13.

³⁵ Wyrok ETS z dnia 6 listopada 2003 r., C-243/01, *Gambelli i in. przeciwko Włochom* (niepubl.).

³⁶ *Opracowania tematyczne OT-576*, <http://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatopracowania/74/plik/ot-576.pdf>, 29.11.2017.

8. Podsumowanie

Analiza opodatkowania zakładów bukmacherskich podatkiem od gier w Polsce pokazuje, że niekiedy ustawodawca, wprowadzając nowe rozwiązania prawne, myśli w sposób życzeniowy i nie uwzględnia realiów współczesnego świata. Dobitym przykładem ilustrującym przywołaną tezę jest konstrukcja opodatkowania zakładów wzajemnych, którą można by uznać za skuteczne rozwiązanie, pod warunkiem jednak, że funkcjonowałaby ona 20 lat temu. W sytuacji, gdy większość graczy, poprzez Internet, ma łatwy dostęp od korzystniejszej podatkowo oferty podmiotów zagranicznych, obowiązywanie skrajnie fiskalnych rozwiązań musi zwiastować niepowodzenie. Ustawodawca powinien opracować przepisy prawne, które przyczyniłyby się do zwiększenia przejrzystości reguł zawierania zakładów wzajemnych oraz ich opodatkowania. Zminimalizowanie obciążeń podatkowych skutkowałoby wzrostem znaczenia legalnych bukmacherów, którzy prowadząc działalność gospodarczą, płacą również inne podatki na rzecz państwa oraz tworzą nowe miejsca pracy. Niższe podatki zachęciłyby do gry również osoby, które wobec niskiej opłacalności uczestnictwa w zakładach bukmacherskich u polskich podmiotów, spowodowanej czynnikami fiskalnymi, rezygnują z niej w ogóle. Wydaje się zatem, że liberalizacja polityki podatkowej w odniesieniu do podatku od zakładów bukmacherskich jest konieczna dla wzrostu wpływów do budżetu z tytułu podatku od gier.

* * *

Taxation of Betting with Gambling Tax – Analysis and Proposed Changes

The rate of the gambling tax for betting in Poland is 12% and it is one of the highest rates in the European Union. The high tax rate for betting has unfavorable impact on relation between stakes and winnings, strongly reducing them. Even though players are not taxpayers, the tax burden is in fact put on them. The transfer of the tax burden on the player through the stake reduction, in consequence leads to reductions of winnings. The fact that the legislature defined the tax base as sum of paid rates, rather than the difference between winning and stake, reduces the winnings compared to bets made in countries of the European Union. As a result the construction of the tax on games for betting has a strong impact on reducing the state's budget revenues.

Key words: gambling tax, betting tax, tax burden, impact of the tax base on winnings, gambling, betting

Jacek Karakulski¹

Glosa do orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z 23 lutego 2017 r., K 2/15

Streszczenie:

Trybunał Konstytucyjny w wyroku w sprawie K 2/15 uznał za niekonstytucyjne pominięcie obowiązkowego rocznego przygotowania przedszkolnego jako etapu nauki, której pobieranie skutkuje możliwością zwrotu opłat za naukę dziecka członka służby zagranicznej. Omawiane orzeczenie nie jest pierwszym wyrokiem Trybunału szeroko odwołującym się do statuowanego konstytucyjnie prawa do nauki. W związku z powyższym należy pochylić się nad przystawalnością głosowanego wyroku do dotychczasowej linii orzeczniczej oraz podjąć szereg konstatacji (w tym uwag krytycznych) związanych z przedstawionym przez Trybunał uzasadnieniem słusznego, co do meritum, rozstrzygnięcia.

Słowa kluczowe: prawo konstytucyjne, orzecznictwo, Trybunał Konstytucyjny, prawo do nauki, służba zagraniczna, zasada równości

1.

W wyroku z dnia 23 lutego 2017 r. (sygn. akt K 2/15) Trybunał Konstytucyjny uznał za niekonstytucyjny art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o służbie zagranicznej² (dalej: SłużbZagrU) w zakresie, w jakim pomija on zwrot opłat za naukę dzieci, które ze względu na szczególne warunki państwa przyjmującego nie mają możliwości uczęszczania do bezpłatnego przedszkola publicznego, oddziału przedszkolnego przy publicznej szkole podstawowej lub korzystania z innej formy wychowania

¹ Autor jest studentem IV roku Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

² Dz.U. z 2017, poz. 161.

przedszkolnego w celu realizacji obowiązkowego rocznego przygotowania przedszkolnego. Trybunał analizował wspomniany przepis w następującym brzmieniu: „Członkowi służby zagranicznej wykonującemu obowiązki służbowe w placówce zagranicznej zapewnia się: (...) zwrot opłat za naukę dzieci ze względu na szczególne warunki państwa przyjmującego, jeżeli nie mają one możliwości uczęszczania do bezpłatnej publicznej szkoły typu podstawowego lub średniego”. Sprawa ta toczyła się z wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej jako: RPO), który zakwestionował hierarchiczną zgodność wspomnianego przepisu ustawowego z art. 70 ust. 2 zd. pierwsze i art. 70 ust. 4 zd. pierwsze w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (dalej jako: Konstytucja RP)³. Widniejąca w sentencji orzeczenia klauzula o pominięciu powoduje, że w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na możliwość wyrokowania w takiej formie przez Trybunał oraz skutki zakresowego wyroku o pominięciu w tym przypadku. W dalszej kolejności analizie poddane zostaną wzorce kontroli oraz zasadność takiego ich ukształtowania, z jakim mamy do czynienia w *petitum*. Warto w tym miejscu dodatkowo zwrócić uwagę na kwestie proceduralne związane z wydaniem omawianego wyroku. Nawiązując do wątpliwości zaznaczonych w zdaniu odrębnym sędzi TK Małgorzaty Pyziak-Szafnickiej, istnieją poważne obawy co do prawidłowości wydania omawianego wyroku związane z postępowaniem wypadkowym zaistniałym przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy. Glosator skupi się na analizie merytorycznej wyroku, niemniej jednak równie interesujące spostrzeżenia można by poczynić w zakresie okoliczności proceduralnych z nim związanych oraz formalnej i teoretycznoprawnej charakterystyki orzeczeń (Trybunału Konstytucyjnego).

2.

O ile zgodzić należy się z *meritum* rozstrzygnięcia (naruszeniem zasady równości przez kontrolowaną normę), o tyle należy poczynić pewne uwagi odnośnie wzorca kontroli, w oparciu o który orzeczono o niekonstytucyjności analizowanego przezeń unormowania i stosownych podjętych w tym zakresie rozważań trybunalskich (nierzadko niespójnych z wcześniejszym orzecznictwem oraz nie w pełni uargumentowanych).

Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału

w przypadku (...) aktu ustawodawczego wydanego i obowiązującego Trybunał Konstytucyjny ma kompetencję do oceny jego konstytucyjności również z tego punktu widzenia, czy w jego przepisach nie brakuje unormowań, bez których, ze względu na naturę objętej aktem regulacji, może on budzić wątpliwości natury konstytucyjnej. Zarzut niekonstytucyjności może więc dotyczyć zarówno tego, co ustawodawca w danym akcie unormował, jak i tego, co w akcie tym pominął, choć postępując zgodnie z konstytucją powinien był unormować⁴.

³ Dz.U. z 1997, Nr 78, poz. 483 ze zm.

⁴ Orzeczenie TK z 3 grudnia 1996 r., K 25/95, OTK ZU nr 6/1996, poz. 52 – stanowisko to zostało potwierdzone i zaaprobowane przez Trybunał także pod rządami Konstytucji RP z 1997 r.

Pominięcie prawodawcze nie jest brakiem regulacji normatywnej, lecz celowym (lub przypadkowym) nieprawidłowym zaniechaniem uwzględnienia pewnej istotnej treści w przepisie⁵. Jak zauważa doktryna, przez pominięcie prawodawcze rozumie się sytuację, gdy ustawodawca unormował jakąś dziedzinę stosunków społecznych, ale dokonał tego w sposób niepełny, regulując ją tylko fragmentarycznie⁶. W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia nie z zaniechaniem ustawodawczym, lecz właśnie z pominięciem, toteż Trybunał słusznie uznał pod tym względem swoją kognicję do merytorycznego rozpoznania sprawy. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TK, istota zasady równości polega na tym, że „wszystkie podmioty charakteryzujące się daną cechą istotną w równym stopniu, mają być traktowane równo, tzn. według jednakowej miary, bez zróżnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących”⁷. Nie ma wątpliwości, że nieuwzględnienie w regulacji przewidującej zwrot poniesionych przez opiekunów prawnych wydatków na naukę dziecka – w ramach obowiązkowego rocznego przygotowania przedszkolnego – implikuje stan nierównego potraktowania dzieci wykonujących obowiązek rocznego przygotowania przedszkolnego w kraju (mogących korzystać z bezpłatnego szkolnictwa publicznego) oraz tych, które pobierają naukę za granicą ze względu na to, że rodzic jest członkiem służby zagranicznej. Powyższe bezpośrednio przekłada się na sytuację prawną rodziców, co przemawia za uznaniem naruszenia zarówno zasady równości wobec dzieci, jak i rodziców oraz zasady powszechności dostępu do edukacji wobec tych pierwszych.

Odnosząc się pokrótce do kwestii skutków zapadłego orzeczenia należy przypomnieć, iż wyrok zakresowy o pominięciu nie powoduje utraty mocy obowiązującej przepisu prawa. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału stanowi on „potwierdzenie – wynikającego z Konstytucji – obowiązku ustanowienia regulacji prawnych niezbędnych dla realizacji norm konstytucyjnych”⁸. Idąc za typizacją stosowaną przez A. Kustrę uznać należałoby, iż zapadły w sprawie wyrok to wyrok „pozornie” zakresowy – bowiem Trybunał mimo, iż użył typowego dla (negatywnych) wyroków zakresowych sformułowania „(...) w zakresie (...) jest niezgodny z (...)”, to skutkiem tego wyroku nie jest częściowa derogacja normy z systemu prawa⁹. Należy również podkreślić, iż wyrok taki jest skutkiem całościowej (pełnej) oceny treści normatywnej kontrolowanego przepisu, a nie jedynie jego części¹⁰. Konsekwencją wyroku pozornie zakresowego jest przede wszystkim obalenie domniemania konstytucyjności normy oraz nałożenie na prawodawcę obowiązku należytego uzupełnienia

⁵ Luka ta związana najczęściej jest właśnie z nieuwzględnieniem w regulacji prawnej danej grupy podmiotów, co rzutuje na ich nierówne traktowanie.

⁶ Tak m.in. K. Osajda, *Koncepcja orzeczenia zakresowego a wątpliwości na tle skutków orzeczeń TK* [w:] *Skutki wyroków Trybunału Konstytucyjnego w sferze stosowania prawa*, red. M. Bernatt, J. Królikowski, M. Ziółkowski, *Studia i Materiały Trybunału Konstytucyjnego*, t. XLVIII, Warszawa 2013, s. 301.

⁷ Zob. m.in. wyrok TK z 28 listopada 1995 r., K 17/95, OTK 1995, Nr 3, poz. 18.

⁸ Wyrok TK z 25 czerwca 2002 r., K 45/01, OTK ZU nr 4/A/2002, poz. 46.

⁹ A. Kustra, *Wyroki zakresowe Trybunału Konstytucyjnego*, *Przegląd Sejmowy* 2011, nr 4, s. 59 i nast.

¹⁰ *Ibidem*, s. 62. Zob. odwołanie do stanowiska TK.

regulacji¹¹. Jak podkreśla K. Osajda „w przypadku pominięcia prawodawczego zatem ta część (ten zakres) normy prawnej, która została w sposób pozytywny uregulowana jest zgodna z Konstytucją, jednakże tylko o tyle, o ile zostałyby uzupełniona o element lub elementy, które z przepisów nie wynikają”¹². Pamiętać należy przy tym, że ze względu na fakt, iż orzeczenia TK mają moc powszechnie obowiązującą (zgodnie z art. 190 ust. 1 Konstytucji RP), ich skutki nie ograniczają się do organów tworzących prawo, lecz mają one także znaczenie dla organów to prawo stosujących (przede wszystkim dla sądów) na skutek uchylenia domniemania konstytucyjności danej regulacji¹³. Niestety w tym wypadku dalece wątpliwa jest możliwość reformacji w drodze wykładni sposobu stosowania kontrolowanego przepisu. Jak podkreślał sam wnioskodawca, wykładnia tego przepisu jest już utrwalona, norma prawna zdaje się być w pełni zdekodowana, a prokonstytucyjna wykładnia (niestety) wykluczona. Dodać należy, że w Konstytucji RP brak jest normy na tyle konkretnej, ażeby organy mogły – samoistnie ją stosując – przyznać zasadność roszczeniom opiekunów prawnych dziecka. Orzeczenie samego Trybunału nie może spowodować tak diametralnie odmiennej wykładni tego przepisu, ażeby doprowadziła ona do przyznania świadczeń mimo braku regulacji ustawowej – doszłoby bowiem do wykroczenia poza rolę negatywnego ustawodawcy, jaką pełni TK. Istotnie, jak zauważa sam Trybunał, zbyt daleko idąca prokonstytucyjna wykładnia prawa – będąca niekiedy wręcz arbitralną decyzją podmiotu stosującego prawo – narusza konstytucyjną zasadę podziału władzy wynikającą z art. 10 Konstytucji RP, ponieważ w sytuacji takiej w sposób skrajny o rzeczywistej treści regulacji nie decyduje już organ prawodawczy, lecz ten powołany do stosowania prawa¹⁴. Warto zaznaczyć, iż z takim stanem rzeczy nie mamy do czynienia każdorazowo. Przykładowo, na mocy także zakresowego wyroku TK o pominięciu, w sprawie o sygn. K 28/05¹⁵, mimo utrwalonej (w orzecznictwie Sądu Najwyższego) wykładni kontrolowanego tam przepisu, sądy uzyskały możliwość odstąpienia od zastanej (niekonstytucyjnej) wykładni i stosując bezpośrednio art. 45 ust. 1 Konstytucji RP mogły dopuścić podmioty niesłusznie wykluczone z katalogu legitymowanych do wniesienia wniosku o wszczęcie postępowania o uchylenie lub zmianę ubezwłasnowolnienia. Co istotne, nawet jeśli i w tym przypadku organy stosujące prawo dopatrzyłyby się możliwości zastosowania bezpośrednio przepisów Konstytucji RP – co doprowadziłoby do *de facto* ustanienia naruszenia przepisów konstytucyjnych stanowiących wzorce kontroli w procesie samego stosowania art. 29 ust. 4 pkt 4 SłużbZagrU – to „należy równocześnie wyraźnie zaznaczyć, że możliwość wykorzystania (...) wykładni ustaw w sposób zgodny z Konstytucją nie zwalnia in-

¹¹ *Ibidem*, s. 60.

¹² K. Osajda, *op.cit.*, s. 302.

¹³ Tak TK m.in. w wyroku z dnia 7 marca 2007 r., K 28/05, OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 24.

¹⁴ Zob. wyrok TK z dnia 13 września 2011 r., P 33/09, OTK ZU 7A/2011, poz. 71.

¹⁵ Dotyczącej naruszenia art. 30 i art. 31 Konstytucji RP przez przepisy k.p.c. ze względu na brak legitymacji procesowej do żądania wszczęcia postępowania o uchylenie bądź zmianę ubezwłasnowolnienia samego ubezwłasnowolnionego.

nych organów państwa od omówionego wyżej obowiązku dokonania odpowiednich zmian prawnych”¹⁶.

Jeśli szukać norm konstytucyjnych przemawiających za uznaniem żądań regresowych rodziców, to należałoby dostrzec między innymi wynikającą z preambuły zasadę pomocniczości. Zasada ta przemawiałaby za koniecznością uznania zasadności roszczenia również wtedy, gdyby Trybunał nie uznał, iż obowiązkowe roczne przygotowanie przedszkolne jest pobieraniem nauki w rozumieniu art. 70 Konstytucji RP, bowiem państwo nakładające na rodziców określone obowiązki – wiążące się także z obciążeniem finansowym – musi nie tylko dbać o przestrzeganie zasady równości, ale także mieć wzgląd na możliwości (wydolność finansową) podmiotów podporządkowanych władzy państwowej.

3.

Przechodząc do analizy wzorców kontroli zastosowanych w tej sprawie, należy poczynić pewne uwagi dotyczące treści art. 70 ust. 1 Konstytucji RP – niebędącego co prawda bezpośrednio wzorcem kontroli, ale silnie powiązanego z przepisami stanowiącymi punkt odniesienia w procesie kontroli w tej sprawie. Prawo do nauki z art. 70 ust. 1 Konstytucji RP stanowi prawo podmiotowe (zd. pierwsze) jednostki, a zarazem nakłada na nią pewien obowiązek (zd. drugie). Pozostałe jednostki redakcyjne art. 70 Konstytucji RP przede wszystkim służyć mają powyższym normom wynikającym z art. 70 ust. 1 Konstytucji RP (odpowiednio prawu i możliwości wykonywania obowiązku) – toteż, mimo pominięcia go w *petitum* wniosku oraz sentencji orzeczenia, jego treść normatywna ma (powinna mieć) istotne znaczenie. Jak zważył niejednokrotnie sam Trybunał, powszechny i równy dostęp do wykształcenia oraz inne gwarancje z art. 70 Konstytucji RP to elementy proklamowanego w art. 70 ust. 1 Konstytucji RP prawa do nauki¹⁷. W sprawie będącej przedmiotem niniejszej analizy zarówno Trybunał, jak i wnioskodawca odwołują się do tych norm. Ze względu na – jak już wspomniano – silne powiązanie wzorców z art. 70 ust. 2 i 4 Konstytucji RP z art. 70 ust. 1 Konstytucji RP, nie sposób nie odnieść się do wyrażonej w wyroku TK w sprawie o sygn. K 19/07¹⁸ tezy, iż konstytucyjne prawo do nauki nie zawiera w sobie prawa do nauki w przedszkolu. Powyższa konstatacja z pewnością nie może zostać przywołana jako wprost implikująca bezwzględną nieprawidłowość uznania adekwatności wzorców w postaci art. 70 ust. 2 i 4 Konstytucji RP w przedmiotowej sprawie. Niemniej jednak kluczową zdaje się być w tym wypadku analiza charakteru „pobierania nauki” w jednostce przedszkolnej¹⁹. W żadnej mierze nie byłby zasadny zarzut, iż takie odwołanie narusza zasadę autonomiczności pojęć konstytucyjnych.

¹⁶ Tak TK w wyroku z dnia 7 marca 2007 r., K 28/05, OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 24.

¹⁷ Zob. m.in. wyrok TK z dnia 16 stycznia 2007 r., U 5/06, OTK ZU 1A/2007, poz. 3.

¹⁸ Wyrok TK z dnia 18 grudnia 2008 r., K 19/07, OTK ZU 10A/2008, poz. 182. Należy jednak zauważyć, że w tej sprawie art. 70 ust. 1 Konstytucji RP nie stanowił wzorca kontroli.

¹⁹ Ukształtowanego przez prawodawcę w ustawie z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (Dz.U. z 1991, Nr 95, poz. 425 ze zm.); w tym wypadku szczególnie istotne są stosowne jej nowelizacje.

Wręcz przeciwnie, ma ono reglamentować obchodzenie przez ustawodawcę zwykłego postanowień ustawy zasadniczej. Teza o nieadekwatności art. 70 ust. 1 Konstytucji RP do etapu wychowania przedszkolnego, jaka zapadła w orzecznictwie TK (a do której Trybunał niestety nie odniósł się w głosowanym orzeczeniu) była wyrażona przy odmiennym kontekście normatywnym. Obecnie uprawnionym jest stwierdzenie, że ustawodawca niejako rozszerzył zastosowanie prawa do nauki w pewnym zakresie na etap edukacji (przed)szkolnej. Uznanie, że sam fakt, iż nauka pobierana może być w placówce przedszkolnej a nie w szkole, nie może skutkować automatycznym stwierdzeniem nieadekwatności art. 70 Konstytucji RP do tego etapu edukacji. To właśnie taki automatyzm (połączony z tezą trybunalską z 2008 r.) byłby *de facto* zaprzeczeniem zasady autonomiczności pojęć konstytucyjnych. Podsumowując ten element rozważań należy uznać, iż w świetle uregulowań ustawowych²⁰ pobieranie nauki w ramach obowiązkowego przygotowania przedszkolnego wyraża zarówno prawo podmiotowe, jak i obowiązek z art. 70 ust. 1 Konstytucji RP.

Bez wyżej wymienionych uwag stosunkowo bezwartościowe stają się rozważania trybunalskie odnośnie art. 70 ust. 2 i 4 Konstytucji RP jako wzorców kontroli w przedmiotowej sprawie. Należy zaznaczyć, iż pożądanym byłoby zawarcie związkowo we wzorcach kontroli art. 70 ust. 1 Konstytucji RP jako podstawowego dla dalszych jedynie wspomagających art. 70 ust. 2 zd. pierwsze i 4 zd. pierwsze Konstytucji RP. Ewentualna obawa przed włączeniem do *petitum* art. 70 ust. 1 Konstytucji RP, ze względu na przywołaną wcześniej tezę o nieprzystawalności art. 70 ust. 1 do etapu przedszkolnego systemu edukacji, jest pozbawiona sensu ze względu na i tak silne powiązanie wzorów ustanowionych przez wnioskodawcę z prawem do nauki z art. 70 ust. 1 Konstytucji RP.

W kontekście gwarancji z art. 70 Konstytucji RP niezrozumiałym jest również bardzo wyraźny nacisk na to, iż roczne przygotowanie przedszkolne ma charakter obowiązku. Bez znaczenia jest to, czy ów jednoroczny okres edukacji będziemy rozpatrywać w kontekście prawa albo w kontekście obowiązku z art. 70 Konstytucji RP, bowiem jednakowo dotyczyć ich będą zasady z art. 70 ust. 2 i 4 Konstytucji RP. Ten nacisk na obligatoryjność przygotowania przedszkolnego sugeruje jedynie, że zarówno Trybunał, jak i wnioskodawca chcą pokazać, że skoro ustawodawca nakłada na jednostkę taki szczególnie obowiązek, to ma on pewną powinność w ukształtowaniu regulacji przewidującej pomoc finansową ze strony państwa. Jak zostało już wcześniej wspomniane – przy takim podejściu – zbędne mogą okazać się wzorce z art. 70 Konstytucji RP. Nadmienić można jedynie, iż art. 70 ust. 4 Konstytucji RP ustanawia prawo podmiotowe²¹, ale tylko w zakresie powszechnego i równego dostępu

²⁰ Ustawa z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (Dz.U. z 1991, Nr 95, poz. 425 ze zm.); dalej jako: SystOśwU.

²¹ Choć zauważyć należy pogląd przeciwny (poparty także wcześniejszym orzecznictwem Trybunału), iż „z art. 70 ust. 4 Konstytucji RP nie należy wyprowadzać prawa podmiotowego jednostek, ponieważ jest to przepis adresowany do ustawodawcy zwykłego” – tak W. Borysiak za B. Banaszakiem; W. Borysiak, *Art. 70. VII. Powszechny i równy dostęp do wykształcenia (art. 70 ust. 4 Konstytucji RP)* [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 1584.

do nauki, które zdają się mieć służebny charakter wobec prawa do nauki, a nie obowiązku (który jedynie ułatwiają wypełniać).

4.

Ponieważ hipotetycznie możliwe było uznanie, że obowiązkowe przygotowanie przedszkolne nie jest przejawem prawa do nauki z art. 70 ust. 1 Konstytucji RP, Trybunał powinien był poczynić dalej idące uwagi odnośnie charakteru rocznego obowiązkowego przygotowania przedszkolnego i jego konstytucyjnego wymiaru. Gdyby przyjąć założenie o nieprzystawalności prawa do nauki do wspomnianego etapu edukacji, to niekonstytucyjność art. 29 ust. 4 pkt 4 SłużbZagrU stwierdzić należałoby jedynie w oparciu o normę z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP²². Wobec przyjęcia przeciwnego stanowiska przez Trybunał, rozszerzającego rozumienie prawa do nauki tak, iż może ono obejmować niekiedy etap edukacji przedszkolnej, stwierdzić należy jedynie, że w przypadku zaaprobowania tej tezy, podzielić należy zdanie Trybunału, iż „nieobjęcie przepisem dotyczącym zwrotu opłat za naukę przedszkola publicznego, oddziału przedszkolnego przy publicznej szkole podstawowej lub korzystania z innej formy wychowania przedszkolnego narusza Konstytucję w kontekście równego, powszechnego i bezpłatnego dostępu obywateli do publicznej edukacji”. Jedyne zastrzeżenie, jakie można by dalej powziąć wobec sentencji wyroku oraz *petitum* wniosku, to nieprzywołanie związkowo art. 70 ust. 1 Konstytucji RP, który wobec niepewnej samoistnej treści odpowiednio art. 70 ust. 2 i 4 Konstytucji RP, byłby użyteczny.

W drodze podsumowania warto wyeksponować, że na negatywną ocenę zasługuje forma, w jakiej Trybunał odniósł się do ustawowego sposobu rozumienia instytucji (Trybunał skonstatował między innymi, że ilekroć ustawa mówi o szkole bez bliższego określenia – należy przez to rozumieć także przedszkole). Wszystko to winno pozostać bez znaczenia dla rozstrzygnięcia Trybunału, bowiem idąc za przytoczonymi w tekście uwagami – uważam – że Trybunał powinien głębiej przeanalizować treść stosownych przepisów SystOśwU i od strony materialnej ustosunkować się do tego, czy roczne przygotowanie przedszkolne jest korzystaniem z konstytucyjnego prawa do nauki (tudzież obowiązkiem nauki w rozumieniu art. 70 ust. 1 Konstytucji RP),

²² Warto podkreślić, że byłoby wtedy zdecydowanie utrudnione zakwestionowanie omawianego przepisu w trybie skargi konstytucyjnej ze względu na metaprawny charakter zasady równości – nieustanawiającej żadnego samoistnego prawa podmiotowego – a więc konieczność przytoczenia we wzorcu związkowo prawa podmiotowego jednostki. W tym miejscu warto również poczynić pewne uwagi odnośnie przepisów dodatkowo przywołanych przez RPO w tej sprawie. Jak wynika z orzecznictwa Trybunału, „art. 70 Konstytucji zawiera w istocie dwa kompleksy norm. Przepis ten statuuje rozliczne zadania państwa w zakresie oświaty i nauki, z którymi nie wiąże się jednak możliwość skierowania roszczenia o ich wyegzekwowanie na rzecz jednostki. Realizacja tych zadań stanowi natomiast gwarancję instytucjonalną dla podmiotowego prawa do nauki, mającego konstytucyjną genezę i konstytucyjnie regulowane fragmenty reżimu normatywnego, co jest objęte drugim kompleksem norm zawartych w art. 70 Konstytucji. Jako podmiotowe prawo konstytucyjne jest – m.in. – regulowany «powszechny i równy dostęp do wykształcenia» (art. 70 ust. 4 zdanie pierwsze Konstytucji)”; wyrok TK z dnia 16 stycznia 2007 r., U 5/06, OTK ZU 1A/2007, poz. 3. Z kolei z art. 70 ust. 2 Konstytucji RP zdaje się, iż nie wynika samoistnie żadne konstytucyjne prawo podmiotowe.

bowiem tylko wtedy wzorce wnioskujące z art. 70 ust. 2 i art. 70 ust. 4 Konstytucji RP mogą zostać uznane za adekwatne. Lakoniczne stwierdzenie, iż „z przepisów prawnych wynika zatem, że przedszkole realizuje nie tylko funkcję opiekuńczo-wychowawczą, ale też oświatową”²³ pozostawia pod tym względem znaczny niedosyt. Reasumując, pożądane – z punktu widzenia jednostki – jest rozszerzenie w sposób funkcjonalny rozumienia konstytucyjnego prawa do nauki, niemniej jednak Trybunał zdał się to uczynić w sposób niezasługujący na pełną aprobatę, skupiając się na ustawowych, formalno-strukturalnych motywach wpisowania rocznego obowiązkowego przygotowania przedszkolnego w treść art. 70 ust. 1 Konstytucji RP.

* * *

Comment on the Judgement of the Polish Constitutional Tribunal of 23rd of February 2017, K 2/15

The Polish Constitutional Court in the judgment in case K 2/15 considered unconstitutional the omission of the compulsory annual pre-school preparation as a stage of education – in which participation results in the possibility of reimbursement of fees for the education of a child of a foreign service member. The discussed ruling is not the first judgment of the Tribunal broadly referring to the constitutionally settled right to education. Therefore, it is necessary to focus on the congruence of the judgment with the previous jurisprudence and to take a number of observations (including critical remarks) related to the justification given by the Tribunal for the (just as to the merits) ruling.

Key words: constitutional law, jurisprudence, Constitutional Tribunal, right to education, principle of equality

²³ Wyrok TK z dnia 23 lutego 2017 r., K 2/15, OTK ZU A/2017, poz. 9.